



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

ALEXANDRE ROGÉRIO PRETO

COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS NA ACUMULAÇÃO DE CARGOS
PÚBLICOS: Uma abordagem sob a ótica da eficácia das normas constitucionais

FLORIANÓPOLIS

2017

ALEXANDRE ROGÉRIO PRETO

**COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS NA ACUMULAÇÃO DE CARGOS
PÚBLICOS: Uma abordagem sob a ótica da eficácia das normas constitucionais**

Monografia submetida à Universidade
Federal de Santa Catarina como requisito
parcial para a obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro de Menezes
Niebuhr

FLORIANÓPOLIS,

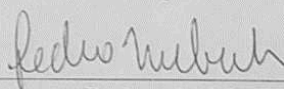
2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

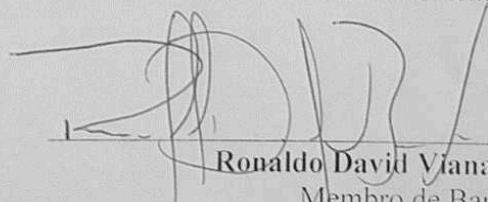
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**Compatibilidade de horários na acumulação de cargos públicos: uma abordagem sob a ótica da eficácia das normas constitucionais**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “**Alexandre Rogério Preto**”, defendido em **04/12/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 20 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

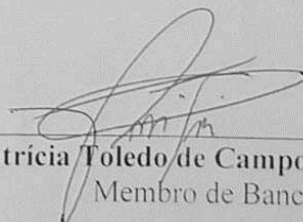
Florianópolis, 04 de dezembro de 2017



Pedro de Menezes Niebuhr
Professor Orientador



Ronaldo David Viana Barbosa
Membro de Banca



Patrícia Toledo de Campos Cichocki
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina

Centro de Ciências Jurídicas

COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Alexandre Rogério Preto

RG: 5.286.412

CPF: 093.578.689/92

Matrícula: 13101407

Título do TCC: Compatibilidade de horários na acumulação de cargos públicos:
uma abordagem sob a ótica da eficácia das normas constitucionais

Orientador(a): Pedro de Menezes Niebuhr

Eu, **Alexandre Rogério Preto**, acima qualificado(a); venho, pelo presente
termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo
ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 04 de dezembro de 2017.

ALEXANDRE ROGÉRIO PRETO

RESUMO

A acumulação de cargos públicos é um direito assegurado na Constituição da República, tendo por destinatários os profissionais que se enquadram nas hipóteses permissivas. Com o discurso de preservação da saúde dos servidores e da eficiência do serviço público, a Advocacia Geral da União lançou o Parecer – QG 145, que reputou ilegal qualquer acúmulo que perfaça 80 horas semanais, criando uma verdadeira norma autônoma. Com base nessa problemática, busca-se analisar a eficácia da norma constitucional que tratou das acumulações de cargos públicos (art. 37, inc. XVI da CRFB), com base na teoria de José Afonso da Silva. A partir desse estudo, é possível concluir o enquadramento do dispositivo no grupo de normas que detém eficácia plena, motivo pelo qual o Parecer da Advocacia Geral da União mostra-se inconstitucional. Por fim, é analisada a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de existirem limitações infraconstitucionais ao acúmulo de cargos.

Palavras-chave: Acumulação de cargos públicos. Compatibilidade de horários. Eficácia das normas constitucionais. Norma de eficácia plena. Limitações infraconstitucionais.

ABSTRACT

The accumulation of public offices is a constitutional right, prescribed in the 1989's Constituição da República, to which the designed professionals must submit according to the permissive hypotheses. Under the premisses of public officials' health protection and public office's efficiency, the Advocacia Geral da União released a report - QG 145, which deemed illegal any accumulation that adds up to 80 hours weekly, giving birth to an autonomous norm. From this controversy, our paper intends to analyze the effectiveness of the constitutional norm which deals with the accumulation of public offices (art. 137, inc. XVI of CRFB), on the basis of the constitutional theoretical framework set forth by José Afonso da Silva. The current study brings the conclusion that the report from the Advocacia Geral da União can be counted in the set of norms that holds full effect, which is the very reason of its unconstitutionality. Lastly, there'll be an analysis about the position from the Supremo Tribunal Federal on the possibility of infraconstitucional limitations to the accumulation of public offices.

Keywords: Accumulation of public offices. Schedule compatibility. Constitutional norm effectiveness. Full effect norm. Infraconstitutional limitations.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 APLICABILIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	9
2.1 O CONSTITUCIONALISMO E AS NORMAS CONSTITUCIONAIS	9
2.2 APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	11
2.2.1 Vigência	12
2.2.2 Legitimidade	13
2.2.3 Eficácia	14
2.3 EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	15
2.3.1 Normas de Eficácia Plena	16
2.3.2 Normas de Eficácia Contida	18
2.3.3 Normas de Eficácia Limitada	19
3 A ACUMULAÇÃO REMUNERADA DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS.....	21
3.1 REGRA GERAL DA INACUMULAÇÃO.....	22
3.2 EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS	25
3.2.1 Acumulação remunerada do cargo público de professor	27
3.2.1.1 Carga horária diferenciada.....	28
3.2.1.2 Cargo técnico e cargo científico	28
3.2.2 Acumulação Remunerada do Cargo de Profissional da Saúde.....	29
3.2.3 Acumulações Remuneradas do Cargo de Juiz de Direito e Membro do Ministério Público com Outro de Magistério	31
3.2.4 Acumulação de Mandato Eletivo com Outro Cargo Público	32
3.3 ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS E VENCIMENTOS	34
3.4 PROCEDIMENTO PARA OS CASOS DE ACUMULAÇÃO ILÍCITA NO EXECUTIVO FEDERAL	35
3.4.1 Possibilidade de enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa	36
4. A ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS COMO NORMA DE EFICÁCIA PLENA.....	38
4.1 A EFICÁCIA PLENA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE TRATAM DA ACUMULAÇÃO	39
4.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO PARECER Nº GQ – 145 DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO	42
4.3 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO À LIMITAÇÃO DA CARGA HORÁRIA SEMANAL NA ACUMULAÇÃO DE CARGOS ..	48
5 CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 estabeleceu a regra geral de vedação ao acúmulo remunerado de cargos públicos. Tal proibição, segundo a redação atual da Constituição, estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.

No entanto, a própria Carta Constitucional, reconhecendo a utilidade de melhor aproveitamento da capacidade técnica de determinados profissionais, permitiu exceções à regra da vedação.

Essas exceções estão previstas em boa medida no artigo 37, inciso XVI, da Constituição da República. São eles: a) dois cargos de professor; b) um cargo de professor com outro técnico ou científico; c) dois cargos ou empregos privativos de profissionais da saúde, com profissões regulamentadas. O dispositivo constitucional estabelece ainda, como requisito imprescindível a qualquer acumulação, a necessária compatibilidade de horários entre os cargos.

Compatibilidade de horas significa que o exercício de uma atividade não pode se sobrepor à outra. Em outras palavras, o horário de início e término da jornada de um dos cargos não pode coincidir com a do outro.

Entretanto, a Administração Pública Federal entendeu por bem estabelecer um novo critério à sentença “compatibilidade de horários”, reputando ilegal qualquer acumulação de cargos que perfaça o total de 80 horas semanais. A origem desse posicionamento remonta ao parecer GQ-145 da Advocacia Geral da União, elaborado em 1998 e aprovado pelo então Presidente da República, desde quando passou a vincular toda Administração Federal.

Esse parecer passou a ser critério de legalidade também aos servidores estaduais e municipais, além de ter havido um desvirtuamento de seu conteúdo, que passou a ser lido como restrição para qualquer soma superior a 60 horas.

Nesse contexto, reputa-se indispensável analisar a força normativa do preceito constitucional, verificando se existe realmente a possibilidade do Poder Público estabelecer novas condições para o exercício do direito de acumular cargos. Para tal fim, será utilizada a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais de José Afonso da Silva.

Nessa teoria, as normas constitucionais são divididas em três espécies, segundo a sua aptidão para produzir efeitos, quais sejam: normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada. Dependendo da classificação do art. 37, Inc. XVI, da CRFB, as limitações

realizadas no plano infraconstitucional poderão ser reputadas constitucionais ou inconstitucionais, impactando diretamente na situação jurídica de um número indeterminado de agentes públicos.

De tal modo, por meio do método dedutivo, será apresentada a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais (cap. 2), seus contornos gerais e os pressupostos para a identificação de cada uma das espécies de eficácia. Em sequência (cap. 3), apresentar-se-ão as várias hipóteses de acumulação, seus limites e questões relacionadas ao tema. Por fim (cap. 4), dar-se-á o enquadramento da norma da acumulação na teoria de José Afonso da Silva, verificando, ainda, a constitucionalidade do Parecer-145 da AGU e o posicionamento do STF sobre a limitação da jornada semanal na acumulação.

2 APLICABILIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A teoria da aplicabilidade das normas constitucionais elaborada por José Afonso da Silva será utilizada como a teoria de base para o desenvolvimento da hipótese aqui apresentada, qual seja, a inconstitucionalidade de limitação infraconstitucional da jornada semanal dos servidores que acumulam licitamente cargos públicos.

Nesse sentido, é essencial trabalhar com alguns aspectos e conceitos introdutórios da Constituição, em especial a juridicidade e imperatividade de seus dispositivos, a sua importância e supremacia no ordenamento jurídico, além de sua característica rigidez.

2.1 O CONSTITUCIONALISMO E AS NORMAS CONSTITUCIONAIS

O Constitucionalismo surgiu como uma expressão da ideologia liberal. Por conseguinte, tinha como função precípua limitar o poder do Estado, de modo que se preocupava apenas em garantir o exercício dos direitos individuais e estabelecer a separação de poderes. No entanto, como destaca Luís Roberto Barroso, o elenco de direitos fundamentais alargou-se com o passar dos séculos, passando a incluir, também, direitos sociais e coletivos, além de princípios fundamentais e programas de ação política¹.

Ademais, por conta do momento político e dos mais variados interesses contemporâneos à elaboração de uma Carta Constitucional, tornou-se comum a inclusão de dispositivos que não se enquadravam naquelas hipóteses clássicas de temas constitucionais². Assim, a teoria constitucional passou a distinguir a Constituição em um conceito material e outro formal.

As normas em sentido material seriam aquelas verdadeiramente constitucionais, subdivididas em um conceito amplo e noutro estrito. O primeiro, identifica-se apenas com aquelas normas que preveem a organização do Estado, com regime político. Equivale ao modo de existir do Estado, como se manifesta o poder, quem o exerce e os métodos e limites para esse exercício. Já o segundo, designa “as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não num documento escrito, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais do homem”³. Com base nessa perspectiva, certos autores chegaram a negar a natureza constitucional às demais disposições da Constituição escrita,

¹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 109.

² Ibidem, p. 109.

³ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 40.

alegando que não se reportavam aos pontos básicos ou institucionais da organização política do Estado⁴.

De outro lado, o conceito formal de Constituição considera todas as normas que integram o documento solenemente estabelecido pelo poder constituinte como constitucionais. É uma teoria mais abrangente e visa garantir juridicidade e, consequentemente, imperatividade a todas as normas constitucionais. Dentre essas, incluem-se também as que estabelecem projetos políticos, apenas por constarem no texto da carta constitucional.

Observa-se que essa divergência de órbitas entre Constituição formal e material só se desenvolve nas Constituições escritas, vez que, nas consuetudinárias é a interpretação lógica das regras que vai determinar quais possuem ou não caráter constitucional⁵.

Ademais, uma das características mais marcantes dos textos Constitucionais escritos e promulgados é a rigidez imposta aos seus enunciados. Exige-se um procedimento mais complexo e solene para a alteração dos dispositivos se comparado à produção legislativa ordinária⁶. No caso do Brasil, a Constituição da República somente pode ser emendada mediante proposta de no mínimo um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República ou de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros⁷. Apresentada a proposta e realizados os trâmites, o texto somente será acrescido na Constituição após a aprovação por três quintos dos votos de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos⁸.

Por conta dessa maior dificuldade para se alterar o conteúdo da Constituição, ocorre uma transformação de todas as normas constitucionais em formais, inclusive aquelas tidas como materiais. Nas palavras do professor José Afonso da Silva:

Uma das consequências da rigidez é exatamente transformar em constitucionais todas as disposições que integram a constituição. As normas materialmente constitucionais transmudam-se em normas de direito constitucional formal, igual as demais, uma vez inscritas numa constituição rígida. De onde nos parece sem cabimento a distinção doutrinária segunda a qual há nas cartas políticas normas não constitucionais; e menos razão cabe àqueles que recusam juridicidade a certas prescrições de tal documento.⁹

⁴ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 45.

⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 82-83.

⁶ Ibidem, p. 80.

⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 60, incisos I, II e III.

⁸ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 60, parágrafo 2º.

⁹ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 46.

Importante advertir que o direito constitucional, muito embora ligado diretamente com o texto da Constituição, com ele não se confunde: existem normas constitucionais fora da Constituição. Elas normalmente dispõem sobre direito intertemporal e regras de interpretação, como é o caso da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro¹⁰. Porém, a sua essência fica muito prejudicada pela ausência de rigidez.

Além disso, a rigidez da Constituição contribui para a fixação de outra característica muito importante para o constitucionalismo e para a própria interpretação da Constituição, que é a sua posição de supremacia no ordenamento jurídico¹¹. Com efeito, essa supremacia implica numa *superlegalidade* formal e material:

A *superlegalidade formal* identifica a Constituição como a fonte primária da produção normativa, ditando competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores. E a *superlegalidade material* subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição. A inobservância dessas prescrições formais e materiais deflagra um mecanismo de proteção da Constituição (...), batizado entre nós de ‘controle de constitucionalidade’¹².

Sendo assim, podemos dizer que todas as normas que compõem a constituição rígida são de fato constitucionais, pouco interessando o seu conteúdo efetivo, eis que são elas quem conferem validade a todo o ordenamento jurídico¹³.

2.2 APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A Constituição da República, a exemplo de muitas outras cartas constitucionais contemporâneas, possui regramento bastante diversificado, com normas que variam na forma e finalidade, porém sem perder a lógica de sistema. Dentre os preceitos previstos na Carta Magna, alguns possuem aplicabilidade imediata, enquanto outros requerem a elaboração de uma lei posterior para lhes dar execução e possibilidade de aplicação plena¹⁴.

Ademais, conforme já se explanou, entendemos que não existe na Constituição normas não jurídicas, como alguns autores defendem. Desse modo, as normas constitucionais, ao serem jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, como a imperatividade. É certo que toda

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 108.

¹¹ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 45.

¹² BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 168.

¹³ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 44-45.

¹⁴ Ibidem, p. 47.

regra possui um comando, com força jurídica e capaz de “deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento de consequências da insubmissão ao seu comando”¹⁵.

Sendo assim, mostra-se verdadeiramente importante verificar e analisar a aplicabilidade das normas constitucionais, vez que todas as normas jurídicas nascem para regularem relações sociais; para serem aplicadas ao mundo real¹⁶. Aplicabilidade, nessa linha, significa a possibilidade de enquadrar a norma a um fato determinado.

Nesse sentido, é importante delimitar quais são os elementos necessários para aparelharem a norma e deixarem-na apta a incidir.

Apurando quais seriam esses requisitos, José Afonso da Silva propõe os seguintes questionamentos: a norma está vigorando? Ela é válida? Pode incidir diretamente ou depende de outras normas para lhe atribuírem sentido? Esses questionamentos podem ser traduzidos, respectivamente, em vigência, validade e eficácia¹⁷.

2.2.1 Vigência

A criação de uma norma jurídica passa, necessariamente, por três fases: elaboração, promulgação e publicação. Porém, a sua obrigatoriedade apenas se inicia com a vigência, que pode coincidir ou não com a data de sua publicação¹⁸.

Vigência significa o início da existência da norma no mundo jurídico. Ressalta-se que ela “não se confunde com eficácia (...), mas para que a eficácia se verifique é necessário que a norma comece a vigorar”¹⁹.

Outrossim, via de regra, todas as leis possuem algum dispositivo que indica o início de seus efeitos. No caso da atual Constituição da República, a vigência coincidiu com a promulgação do documento, no dia 05 de outubro de 1988. Essa foi uma quebra na tradição do constitucionalismo brasileiro, eis que era muito comum o uso da *vacatio constitutionis* nas experiências anteriores²⁰.

Ademais, uma característica interessante do constitucionalismo brasileiro é a manutenção das normas infraconstitucionais anteriores à vigência da nova Constituição, desde

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 76.

¹⁶ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51.

¹⁷ Ibidem, p. 51.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: parte geral. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59.

¹⁹ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 52.

²⁰ Ibidem, p. 54.

que sejam com ela compatíveis. No entanto, “uma vez promulgada a nova Constituição, fica inteiramente revogada a anterior, sendo indiferente o fato de suas normas guardarem ou não compatibilidade entre si”²¹.

A fim de realizar a transição entre o ordenamento jurídico que se vai com o ordenamento jurídico que chega, a Constituição adota Atos de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)²². Nesse espaço, o constituinte inclui dispositivos que visam regular “situações que se alongaram no tempo e que motivaram expectativas de permanência estimadas justas”, criando, em certas circunstâncias, regimes jurídicos próprios²³. É o caso, por exemplo, dos servidores públicos que exerciam a mais de cinco anos continuadas atividades na Administração Direta e Indireta, e que tiveram sua situação considerada estável mesmo que tenham sido admitidos fora das regras do concurso público (art. 19, ADCT).

Há outros motivos que justificam a inclusão de preceitos nos Atos de Disposições Constitucionais Provisórias, como a criação de uma exceção a uma regra geral ou até mesmo a opção dos constituintes por cobrir um assunto de menor importância com a proteção conferida às normas constitucionais, afinal, aquelas gozam do mesmo valor jurídico e estatura destas²⁴.

2.2.2 Legitimidade

A norma que entra em vigor passa de fato a existir no plano jurídico. Sendo assim, é necessário que seja realizado um segundo momento de avaliação, verificando-se a legitimidade da norma (ou validade, na denominação utilizada por Barroso).

Esse exame é teoricamente simples em se tratando de normas ordinárias ou complementares, eis que, os seus pressupostos de legitimidade repousam numa conformação com os preceitos constitucionais. Em outras palavras, a lei infraconstitucional será legítima (ou válida) na medida que suas disposições observarem formal e substancialmente o conteúdo da Constituição, numa verdadeira relação de hierarquia. Essa lógica é decorrência do princípio da supremacia da Constituição.

(...) uma lei que contraria a Constituição, por vício formal ou material, não é *inexistente*. Ela ingressou no mundo jurídico, e, em muitos casos, terá tido

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65.

²² CAVALCANTI, Ricardo Russel Brandão. ADCT: Função e interpretações práticas. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9457>. Acesso em 05/11/2017.

²³ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 78.

²⁴ Ibidem, p. 78.

aplicação efetiva, gerando situações que terão de ser recompostas. Norma inconstitucional é norma inválida, por desconformidade com regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior. É nula de pleno direito²⁵.

No entanto, o fundamento de legitimidade da própria Constituição é mais complexo, vez que “ela já é o sistema normativo de grau mais elevado na ordenação jurídica de um país”²⁶. Essa matéria é afeta à teoria do direito, e trabalha com a difícil tarefa de encontrar um fundamento de validade ao vértice da pirâmide jurídica.

Essa questão foi alvo de várias contendas entre os pensadores do direito, sendo até hoje um assunto muito controverso, com destaque para as teorias desenvolvidas pelos juristas Hans Kelsen e Carl Schmitt.

Em síntese, Kelsen, defendendo uma proposta de abstração dos aspectos morais, sociais e religiosos, preocupou-se exclusivamente com as normas positivas, na tentativa de purificar e criar uma verdadeira ciência jurídica. Assim, encontrou o fundamento de validade da Constituição numa norma fundamental, pressuposta e hipotética²⁷. Essa norma fundamental tem o papel de dar lógica ao sistema hierarquizado, possuindo apenas existência formal, desprovida, assim, de qualquer conteúdo valorativo ou material²⁸.

Em contraponto, Carl Schmitt, “diz que a Constituição vale em virtude da vontade política existencial daquele que a dá, pois toda espécie de normação jurídica – também a normação constitucional – pressupõe tal vontade como existente”²⁹. Portanto, para ele, a essência da Constituição está numa decisão política daquele que detém o poder constituinte.

Por não ser este o objetivo do trabalho, não iremos nos aprofundar nas notáveis teorizações sobre o fundamento da Constituição, embora reconhecendo a importância do assunto para o desenvolvimento da ciência do direito.

2.2.3 Eficácia

Eficácia do direito pode representar dois conteúdos diferentes. A *eficácia social*, também chamada de efetividade, se coaduna com a efetiva aplicação e obediência da norma no

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 80-81.

²⁶ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 55.

²⁷ Ibidem, p. 56.

²⁸ ROSA, Alexandre Moraes. Pensar a Atualidade do Direito em Hans Kelsen. Empório do Direito, 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/pensar-a-atualidade-da-teoria-pura-do-direito-de-hans-kelsen/>>. Acesso em 24/09/2017.

²⁹ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 56.

mundo dos fatos, isto é, se ela é de fato aplicada e obedecida. Já eficácia jurídica se refere “qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações de que cogita”³⁰.

Em síntese, os dois sentidos das palavras eficácia são distintos: “uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como (...) o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social”³¹.

Assim temos que a eficácia social se situa no campo de estudo sociológico, motivo pelo qual não adentraremos em suas peculiaridades, limitando-nos a estudar a eficácia jurídica da norma. Nessa seara, surge a dificuldade de estabelecer uma classificação que distinga a força imperativa da norma, isto é, a possibilidade de aplicação jurídica.

2.3 EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

As discussões acerca da eficácia das normas constitucionais começaram no Brasil a partir dos estudos desenvolvidos por Ruy Barbosa, um dos idealizadores da Constituição Republicana de 1891. Esse autor baseou-se na doutrina constitucional norte-americana, acolhendo a distinção entre normas autoaplicáveis (*self-executing ou self-acting*) e não autoaplicáveis (*not self-executing, not self-acting*)³².

O primeiro grupo diz respeito às normas que podem ser aplicadas imediatamente, por serem completas em si mesmas, logo, não dependem da atuação do legislador para surtirem seus efeitos. Já o segundo grupo, de normas não autoaplicáveis, depende de regulação infraconstitucional. Essa distinção surgiu pela “verificação de que as constituições consubstanciam normas, princípios e regras de caráter geral, a serem convenientemente desenvolvidas pelo legislador ordinário”³³.

Outro jurista brasileiro que tratou do assunto foi o prestigiado Pontes de Miranda. Esse autor contribuiu para desenvolver a terminologia empregada por Ruy Barbosa, apresentando uma outra que melhor ressalta os critérios que as diferenciam. Assim, propôs a classificação em normas bastantes em si (correspondente às autoaplicáveis) e incompletas ou não bastantes em si (não autoaplicáveis)³⁴.

³⁰ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 66.

³¹ Ibidem, p. 67.

³² SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 167.

³³ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 73.

³⁴ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 167-168.

No entanto, essa classificação dicotômica é problemática na medida que sugere a existência de normas constitucionais ineficazes e sem imperatividade - o que não concordamos, haja vista a rigidez e supremacia do instrumento constitucional. Como adverte José Afonso da Silva, “o próprio Ruy, no entanto, já reconhecia que ‘não há, numa Constituição, cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições’”³⁵.

Ademais, “para o constitucionalismo atual, todas as normas constitucionais são executáveis por si mesmas, até onde possam sê-lo”³⁶. Aliado a isso, não se deve esquecer do princípio geral da superioridade que garante um mínimo de eficácia a todas as disposições constitucionais por revogar tacitamente as leis que sejam com ela incompatíveis.

Com vista a essas questões, José Afonso da Silva apresentou uma nova teoria, utilizando pela primeira vez um conceito tricotômico da eficácia. Atualmente, essa é a teoria mais aceita e utilizado pelos tribunais.

Esse conceito divide e classifica as normas em eficácia plena, contida e limitada, conforme será exposto a seguir.

2.3.1 Normas de Eficácia Plena

As normas de eficácia plena podem ser entendidas como aquelas que receberam do constituinte normatividade suficiente para serem aplicadas diretamente. Assim, são comparáveis àquelas ditas autoaplicáveis, ou bastantes em si.

Nesse sentido, suas características são a aplicabilidade direta, imediata e integral, não dependendo, para tanto, de nenhuma atuação do legislador infraconstitucional para incidir sobre os interesses objeto de sua regulamentação³⁷.

É imprescindível estabelecer algum critério para diferenciar e identificar esse tipo de norma daquelas de eficácia contida ou limitada, eis que essa diferenciação se reveste de grande importância prática. Ademais, deixar essa matéria para uma solução caso a caso é indesejável, além de provocar “insegurança nas relações jurídicas constitucionais, por deixar especialmente os governados ao desabrigo da certeza do Direito, que deve ser um dos valores-meios básicos do direito constitucional”³⁸.

³⁵ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 75.

³⁶ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 70.

³⁷ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 173.

³⁸ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.

No entanto, o próprio José Afonso da Silva reconhece a impossibilidade de se estabelecer um único critério para essa diferenciação. Por conseguinte, ele propõe a utilização de *regras gerais*.

Assim, muito baseado nas contribuições da já mencionada doutrina norte-americana *self-executing*, considera que uma norma é completa quando for supérfluo o auxílio da lei infraconstitucional para exprimir tudo o que propõe:

Completa, nesse sentido, será a norma que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta. Todas as normas regulam certos interesses em relação a determinada matéria. Não se trata de regular a matéria em si, mas de definir certas situações, comportamentos ou interesses vinculados a determinada matéria. Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz³⁹.

Essa completude não impede, entretanto, que haja normas infraconstitucionais que regulem a matéria, porém, não deverão restringir a sua aplicação.

Importante destacar, ainda, que muitas vezes a norma constitucional não se apresenta sozinha como detentora de eficácia plena. Mas se considerada em conjunto com as disposições que tratam do mesmo instituto, ela terá caráter pleno. Do mesmo modo, poderá ter sua amplitude reduzida por outras normas que restrinjam ou abram exceções a sua incidência⁴⁰.

Pode-se dizer que são de eficácia plena as seguintes normas constitucionais:

(...) a) contenham vedações ou proibições; b) confirmem isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificadamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados.⁴¹ (SILVA, 2008, pag. 101).

Salienta-se que essa modalidade de normas gera, quase sempre, direitos subjetivos aos seus destinatários. Ou seja, ao se definir um direito, investem “os seus beneficiários de situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma”⁴². Sendo assim, violado o

³⁹ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99.

⁴⁰ Ibidem, pp. 100-101.

⁴¹ Ibidem, p. 101.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 257.

direito, nasce a pretensão de exigir-lhe o cumprimento imediata e diretamente, por via de prestação jurisdicional.

Por fim, relevante observar que prepondera atualmente o entendimento doutrinário de que a maioria das disposições constitucionais correspondem a normas de eficácia plena. Essa é uma alteração importante em relação à clássica teoria norte-americana, empregada e reproduzida no Brasil, que reconhecia a existência de poucas normas aplicáveis imediatamente e executáveis por si mesmas⁴³.

2.3.2 Normas de Eficácia Contida

As normas de eficácia contida não tinham sido tratadas como uma categoria própria até o advento da teoria de José Afonso da Silva. Antes, eram enquadradas dentro do conceito de eficácia limitada, pelo motivo de fazerem referência, via de regra, a uma legislação futura.

Entretanto, essa aproximação entre as duas categorias não é adequada. Isso porque, ao contrário das normas de eficácia limitada, que demandam a atividade legislativa para lhes dar concretude e aplicação, a legislação futura postulada pelas normas de eficácia contida serve apenas para limitar a sua amplitude. Por conta dessa característica, Michel Temer propôs a alteração da denominação para *normas de eficácia redutível ou restringível*⁴⁴. Acentua-se, ainda, que em alguns casos a normativa constitucional fixou conceitos de *larga difusão no direito público* para conter eficácia dessas normas, como os bons costumes, a necessidade ou utilidade pública etc.⁴⁵.

Essas normas são dotadas de aplicabilidade direta e imediata, ou seja, são auto executáveis e se encontram prontas para produzirem efeitos no mundo dos fatos. “São destacadas da classe das normas de eficácia plena pela só circunstância de poderem ser restringidas, na sua abrangência, por deliberação do legislador infraconstitucional”⁴⁶.

Sublinha-se que enquanto o legislador ordinário não editar normas restritivas, a eficácia das normas contidas será plena.

Um exemplo típico e bastante esclarecedor é aquele previsto no art. 5º, inciso XIII da Constituição, redigido nos seguintes termos: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, **atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer**” (grifo nosso). A

⁴³ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 88.

⁴⁴ TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 26.

⁴⁵ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 103.

⁴⁶ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 70

norma constitucional, baseada no princípio da liberdade do exercício profissional, deixou livre ao indivíduo exercer o trabalho que bem entender conforme sua conveniência. No entanto, essa liberdade poderá ser restringida com a edição de uma lei infraconstitucional que imponha condições para o exercício de determinados cargos. É o que acontece com a profissão de advogado, que exige a inscrição regular do indivíduo na Ordem dos Advogados e a colação de grau em direito.

Com relação a restrição feita por conceitos (amplos) do direito, podemos exemplificar as limitações feitas ao direito de propriedade por necessidade ou utilidade público, além dos casos de perigo iminente⁴⁷.

Por fim, ressalta-se que os motivos que ensejam a limitação da eficácia das normas constitucionais “tem a sua razão de ser fundada nos fins gerais e sociais do Estado moderno. Mas este, ao limitar a autonomia dos sujeitos privados, visa, essencialmente, a tutelar a liberdade de todos, de modo a que o exercício dos direitos por uns não prejudique os demais”⁴⁸.

2.3.3 Normas de Eficácia Limitada

Esse último grupo de normas constitucionais classificadas por sua eficácia, apresenta como principal característica a dependência da lei para a produção de seus principais efeitos. Assim, são retratadas como normas incompletas, com “baixa densidade normativa”⁴⁹.

Estas normas, contudo, ao contrário do que ocorria com as ditas não aplicáveis, não são completamente desprovidas de normatividade. Pelo contrário, são capazes de surtir uma série de efeitos, revogando as normas infraconstitucionais com elas incompatíveis, constituindo parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade por ação e por omissão, e fornecendo conteúdo material para a interpretação das demais normas que compõem o sistema constitucional⁵⁰.

Na teoria tricotômica desenvolvida por José Afonso da Silva, propôs-se uma subdivisão desse grupo de normas em dois tipos: as definidoras de princípios institutivos ou organizativos e as definidoras de princípios programáticos.

Tratando primeiramente das normas definidoras de princípios institutivos, importante destacar que a acepção usada para a palavra “princípio” é aquela que denota a ideia de início ou começo. Isso porque são normas que preveem o início ou o esquema de organização de

⁴⁷ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 113.

⁴⁸ Ibidem, p. 114.

⁴⁹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 71.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 249-250.

determinado órgão ou entidade, deixando para a legislação infraconstitucional a tarefa de lhe completar e conferir total aplicação⁵¹.

Ao indicarem uma legislação futura, essas normas podem outorgar ao legislador uma discricionariedade de maior ou menor intensidade. Surge, assim, uma nova categorização proposta pelo professor José Afonso, dessa vez entre normas impositivas, que determinam ao legislador a emissão de uma legislação integrativa, e normas facultativas ou permissivas, que são uma mera faculdade ou verdadeira discricionariedade conferida ao legislativo infraconstitucional⁵².

O seu conteúdo, conforme já foi mencionado, é organizativo e regulador de institutos e instituições, entidades e órgãos. Cita-se, como exemplo, o artigo 37, IX da Constituição da República, redigido nos seguintes termos: “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Com relação às normas constitucionais de princípios programáticos, o seu fundamento é diverso. São elas manifestação do conteúdo social da Constituição, traduzindo os elementos sócio ideológicos eleitos pelo constituinte e determinando quais os fins e objetivos do Estado⁵³. Vem daí, inclusive, o conceito de Constituição dirigente, como um programa recheado de ações futuras e com forte orientação social, que a Constituição da República de 1988 é um grande exemplo.

Por derradeiro, conforme destaca Gilmar Mendes e Paulo Branco, “algumas normas programáticas obrigam ou se desenvolvem por meio de edição de leis. Outras exigem uma atividade material dos poderes públicos. Muitas vezes serão necessários esforços materiais e produção legislativa”⁵⁴. Nesse último caso, o autor exemplifica com o art. 180 da CRFB, que determina que os entes da federação promoverão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico, necessitando, para isso, da elaboração legislativa e de ações concretas.

O estudo da eficácia da norma constitucional que trata da acumulação de cargos públicos possui importância elementar para definir os efeitos desse regime jurídico, uma vez que, dependendo da categoria em que se enquadrar, poderá ter seus efeitos produzidos diretamente e de forma integral ou ficar dependente de uma legislação infraconstitucional integrativa. Mostra-se, portanto, indispensável definir a sua carga de eficácia, bem como os efeitos subsequentes deste enquadramento.

⁵¹ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 119.

⁵² Ibidem, pp. 126-127.

⁵³ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 139.

⁵⁴ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 71.

3 A ACUMULAÇÃO REMUNERADA DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS

A definição precisa do regime jurídico que trata da acumulação de cargos públicos é essencial para podermos compreender a sua carga de eficácia. Assim, este capítulo tratará da disciplina constitucional e infraconstitucional pertinente ao regime, além de alguns temas controversos e próximos a ele.

Pois bem. Assentada essa premissa, interessante examinar como a matéria foi tratada ao longo do tempo, uma vez que esse é um assunto que há muito tempo vem sendo discutido pelos doutrinadores administrativistas.

De acordo com José Cretella Júnior, três correntes se formaram sobre a possibilidade de acumulação. A primeira delas, denominada histórica ou radical, é marcada pelo combate absoluto contra as acumulações de empregos públicos. Ela é defendida por Pedro Lessa, João Barbalho, Carlos Maximiliano e Pontes de Miranda⁵⁵.

A segunda corrente é absolutamente a favor das acumulações, sendo adeptos nomes como Rui Barbosa e Epitácio Pessoa. Seu argumento central pode ser sintetizado nas frases de Porto Carreiro, conforme destaca Cretella Júnior:

Num país de vida caríssima, em que o Estado não pode remunerar os seus funcionários de acordo com as condições do mercado de trabalho, é absurdo vedar as acumulações remuneradas pelo orçamento público, somente porque são remuneradas. Donde resulta que o Estado ou tem funcionários mal pagos, que se atrofiam na função e ficam impossibilitados de tentar outro meio de vida, ou dá azo, pelo menos, a que muitos deles apenas finjam cumprir o dever funcional e realmente dediquem a maior parte do tempo a profissões liberais bem mais lucrativas. Num País de escassas aptidões técnicas, semelhante proibição é uma porta aberta a incompetências.⁵⁶

Finalmente, a terceira corrente é mais equilibrada, admitindo a acumulação de apenas dois empregos, com contornos bem definidos. Essa possibilidade, segundo a corrente, deve estar restrita ao princípio da especialização, que busca, a partir da conveniência, melhor aproveitar os serviços técnicos e especializados para o bem público. Seu maior defensor é Mário Masagalhão⁵⁷.

⁵⁵ CRETILLA JÚNIOR, José. Tratado de Direito Administrativo vol. IV: O Pessoal da Administração Pública. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 280-281.

⁵⁶ Ibidem, p. 281.

⁵⁷ Ibidem, p. 282.

A experiência constitucional brasileira sofreu variação de postura durante a sua história, ora vedando completamente a possibilidade, como na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937⁵⁸, ora admitindo a acumulação mitigada de cargos (Constituições de 1934, 1946 e 1967). Todavia, não há relatos de acolhimento da corrente mais permissiva nas experiências constitucionais.

Sendo assim, feito esse apanhado e apresentadas as correntes, passamos ao estudo da Constituição em vigor.

3.1 REGRA GERAL DA INACUMULAÇÃO

A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios foi regulada na Constituição da República de 1988. Os cargos, empregos e funções dela decorrentes foram colocados à disposição de todos os brasileiros que preencham os requisitos legalmente estabelecidos, assim como aos estrangeiros, na forma da lei⁵⁹.

Ao versar sobre o exercício de atividade profissional pública, “pode ser sustentado que sua base constitucional deriva do direito fundamental à profissão (...)”⁶⁰, inserto no artigo 5º, XIII, nestes termos: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

No caso de cargos públicos, é a própria Constituição que limita a sua liberdade de exercício. Isso porque, a Constituição da República, seguindo o modelo das experiências anteriores, estabeleceu a regra geral que proíbe a acumulação remunerada dos mesmos (art. 37, XVI). Ou seja, via de regra não se permite que o mesmo sujeito ocupe mais de um cargo no âmbito da Administração Pública.

Por força do inciso XVII, do art. 37, a forma de provimento pouco importa para fins de acumulação, eis que os empregos e as funções públicas também foram incluídos na regra da proibição. Esse mesmo inciso estende a norma às autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público (art. 37, XVII). Ressalta-se que a redação dos dispositivos

⁵⁸ Constituição de 1939, art. 159: “É vedada a acumulação de cargos públicos remunerados da União, dos Estados e dos Municípios”.

⁵⁹ Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 37, caput e inciso I.

⁶⁰ MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. Acumulação de Cargos Públicos: uma questão de aplicação da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 37.

incluiu todos os servidores da Administração Indireta, inclusive aqueles vinculados a empresas em que o Estado possua participação acionária majoritária, direta ou indiretamente⁶¹.

Conforme destaca Carvalho Filho, a inclusão dos empregados de empresas públicas e de economia mista na regra da inacumulação foi alvo de controvérsias, pelo fato de serem elas pessoas de direito privado. No entanto, o autor deixa claro que o mandamento constitucional não dá margem à interpretação diversa da proibição, pois a norma abrange a Administração Pública como um todo, o que inclui por certo a Administração Direta e Indireta. Sendo assim, aponta-se a inconstitucionalidade de uma eventual acumulação baseada nesse argumento⁶².

O fundamento para a criação dessa regra geral de proibição pode ser atrelado ao princípio da eficiência do serviço público, previsto no *caput* do art. 37 da Constituição da República. Tal princípio, se considerado em relação à atuação do agente, requer “o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados”⁶³. Nesse sentido, o argumento que prepondera é o de que o servidor público, ao exercer mais de um cargo ou função, não vai conseguir desempenhar de forma satisfatória as duas atividades, principalmente pelo cansaço da jornada dupla.

Além disso, necessário ressaltar que o dispositivo constitucional que veda a acumulação fala especificamente do exercício remunerado de cargos, empregos e funções públicas. Por conta disso, boa parte da doutrina defende que “inexistem óbices constitucionais à acumulação (...) desde que o servidor seja remunerado apenas pelo exercício de uma das atividades acumuladas”⁶⁴. Essa assertiva parte da premissa que a proibição é uma restrição de direito e por isso deve ser lida restritivamente.

Com base nesse entendimento, surge a questão de um mesmo servidor público, já titular de cargo ou emprego público, ser aprovado em outro concurso que seja incompatível com o exercício do primeiro. De qualquer modo, ele deverá passar por um novo estágio probatório e estará sujeito a confirmação no novo cargo. Em tal caso, a pergunta que se coloca é se poderá ele solicitar uma licença para tratar de assuntos particulares (ou suspensão do contrato de trabalho, no caso de empregado público) e, sendo deferida, assumir o outro cargo sem incidir na proibição?⁶⁵

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 622.

⁶² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 689.

⁶³ Ibidem, p. 84.

⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 553-554.

⁶⁵ GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 241.

Havendo previsão dessa situação no estatuto respectivo, parece não haver grande obstáculo, como “é o caso do art. 29, I, da Lei nº 8.112/1990 (Estatuto Federal), que prevê o instituto da *recondução*. Por meio deste, o servidor estável retorna ao cargo que ocupava anteriormente no caso de ‘inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo’”⁶⁶. Assim, na esfera federal da Administração o problema está resolvido.

Porém, o problema persiste nos casos de ausência de previsão da recondução nos demais estatutos municipais e estaduais, que é o que normalmente ocorre⁶⁷.

Sobre essa questão, o Tribunal de Contas da União já se manifestou de forma contrária, no sentido de restringir a hipótese, conforme se vê na Súmula nº 246:

O fato de o servidor licenciar-se, sem vencimentos, do cargo público ou emprego que exerça em órgão ou entidade da administração direta ou indireta não o habilita a tomar posse em outro cargo ou emprego público, sem incidir no exercício cumulativo vedado pelo artigo 37 da Constituição Federal, pois que o instituto da acumulação de cargos se dirige à titularidade de cargos, empregos e funções públicas, e não apenas à percepção de vantagens pecuniárias⁶⁸.

Entretanto, não nos parece que a solução adotada pelo Tribunal de Contas da União seja a mais acertada. Isso porque, o constituinte fez a escolha de vedar a acumulação apenas quando esta fosse remunerada. Situação diversa era encontrada na Constituição de 1946, que em seu artigo 185 vedava a acumulação de cargos por si próprios, sem nada mencionar a respeito de remuneração. De fato, obstar a “investidura do servidor licenciado ou com contrato de trabalho suspenso, sem remuneração, provoca ofensa ao princípio do livre exercício de trabalho, ofício ou profissão, consagrado no art. 5º, XIII, da CF”⁶⁹

Pontua-se que o afastamento do cargo/emprego inicialmente ocupado não pode perdurar interminavelmente, sendo apropriado que providencie a sua exoneração quando vir a adquirir estabilidade no outro, sob pena de responsabilidade administrativa⁷⁰. No mesmo sentido, o servidor licenciado para tratar de assuntos particulares não poderá ocupar cargo na entidade da

⁶⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 695.

⁶⁷ MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. Acumulação de Cargos Públicos: uma questão de aplicação da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 58

⁶⁸ Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/%252a/NUMERO%253A246/DTRELEVANCIA%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 13/10/2017.

⁶⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 695.

⁷⁰ MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. Acumulação de Cargos Públicos: uma questão de aplicação da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 59.

qual se licenciou, sob pena de afrontar o princípio da moralidade administrativa, como pontua Diogenes Gasparini⁷¹.

Por derradeiro, não há que se falar em impedimento para a acumulação de cargo público com simples exercício de emprego na iniciativa privada. A restrição, nessa hipótese, se dá apenas no plano infraconstitucional, em especial na Lei do Regime Jurídico do Servidor Público da União, que proíbe o servidor de “participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário”⁷².

3.2 EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS

Embora a Constituição da República tenha estabelecido a regra da proibição do acúmulo remunerado de cargos, empregos e funções públicas, admitiu a existência de algumas exceções. Fez isso a partir de um juízo de conveniência e optou por melhor aproveitar a capacidade técnica e científica de determinados profissionais⁷³.

A exceção mencionada é prevista na parte final do inciso XVI, art. 37, da Constituição da República, que elenca os requisitos – compatibilidade de horários e respeito ao teto remuneratório do funcionalismo público, e as atividades que admitem o acúmulo (apesar de existirem outras hipóteses permissivas dispersas pelo texto constitucional, como será visto na sequência).

Destaca-se, de início, que as hipóteses permissivas conferem o direito subjetivo de acumular aos servidores públicos contemplados.

Quanto ao primeiro requisito, podemos inferir que o desempenho de uma atividade não pode “impedir, prejudicar ou sobrepor-se as atividades do outro cargo. As jornadas de trabalho devem ser compatíveis entre si – objetivamente falando -, consideradas a hora de início e o fim de cada uma”⁷⁴. Essa análise deve levar em conta, também, o tempo necessário para a locomoção de um local para outro⁷⁵.

Por oportuno, deve-se ressaltar que inexistente qualquer mandamento constitucional ou legal no sentido de fixar um número máximo de horas em abstrato para se aferir a

⁷¹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 240.

⁷² Lei nº 8.112/90, artigo 117, inciso X.

⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 553.

⁷⁴ MOTA, Maurício. *A Autonomia Universitária e a Acumulação de Cargos Públicos*. 2017, p. 2.

⁷⁵ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 240.

compatibilidade de horários⁷⁶. Essa análise deve ser feita individualmente, considerando as circunstâncias do caso concreto, sob pena de tolher o direito conferido pela Lei Maior, afinal “(...) a exigência constitucional é somente a de compatibilidade de horários, de modo que será vedado criar exigência não prevista, como é o caso do limite de horas semanais de trabalho”⁷⁷. Assinala-se que essa temática será desenvolvida com maiores detalhes no próximo capítulo.

A segunda condição para o exercício do direito de acumular foi implementada pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, que acrescentou o dever de respeito ao teto remuneratório do funcionalismo público também na soma das remunerações. Essa regra vem prevista no artigo 37, incisos XI da Constituição da República, e está reiterada no inciso XVI, última parte, do mesmo art. 37.

Sublinha-se que o teto alcança proventos, pensões, subsídios ou qualquer espécie remuneratória. No entanto, conforme o teor do parágrafo 11 do art. 37, não se computam as parcelas indenizatórias previstas em lei para efeito do limite⁷⁸.

Entretanto, conforme adverte Carvalho Filho, o limite remuneratório “não impede a situação jurídica em si da acumulação dos cargos ou empregos (...) [mas] a percepção de ganhos cujo montante ultrapasse o teto previsto no art. 37, XI, da CF”. Conclui que será possível a acumulação mesmo nesses casos, desde que haja redução remuneratória em um ou nos dois cargos, a fim de respeitar a regra do teto⁷⁹. Esse é o mesmo posicionamento de Celso Antônio Bandeira Mello, que destaca o direito do servidor público acumular cargos nas hipóteses permitidas, devendo os valores correspondentes ao segundo cargo serem detidos ao completarem o limite do teto remuneratório⁸⁰.

Esses dois requisitos são indispensáveis para o exercício do direito subjetivo do servidor de acumular outro cargo, o qual, acentua-se, pode se dar no mesmo regime ou em regime diversos, o que torna possível o exercício concomitante de dois cargos, dois empregos, ou de um cargo e emprego etc.⁸¹

⁷⁶ MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. *Acumulação de Cargos Públicos: uma questão de aplicação da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 46.

⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 690.

⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 285.

⁷⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 690.

⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 299.

⁸¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 691.

Além do preenchimento dos requisitos mencionados, os cargos que permitem a acumulação - que não são todos, eis que a regra é da inacomulação-, devem estar expressamente previstos na Constituição; as principais hipóteses serão tratadas a seguir, bem como algumas questões relacionadas.

3.2.1 Acumulação remunerada do cargo público de professor

A categoria dos professores é a primeira a ser tratada entre as situações permissivas do acúmulo de cargos na Constituição. Essa prerrogativa conferida aos professores remonta à Lei Maior de 1946, e segue como uma tradição dos textos constitucionais brasileiros.

O primeiro objetivo dessa escolha política foi o de fomentar a educação no país, permitindo que um mesmo professor pudesse ministrar aulas em mais de um espaço e com isso melhor aproveitar as suas qualidades a vista da carência de pessoas aptas no imenso território nacional⁸².

No início, exigia-se a correlação de matérias entre as disciplinas lecionadas ou entre as atribuições do cargo técnico ou científico. A Constituição de 1988 retirou, todavia, esse requisito, de modo que um professor de matemática pode, por exemplo, possuir outro cargo ou emprego numa disciplina de línguas ou de história. Porém, a compatibilidade de horários deverá ser sempre apurada, observando se há sobreposição ou conflito de horas⁸³.

De outro lado, ao permitir a acumulação remunerada de um cargo de professor com outro cargo técnico ou científico (art. 37, inc. XVI, alínea “b”) “visou salvaguardar a própria sobrevivência do docente, dado o baixo nível dos vencimentos que os profissionais do magistério sempre auferiram no Brasil”⁸⁴.

Conforme já se adiantou, o artigo 37, Inc. XVI, da CRFB confere duas permissões de acúmulo a essa classe de trabalhadores: i) dois cargos de professor ou ii) um cargo de professor com outro técnico ou científico. Não obstante, algumas questões controversas surgem a respeito dessas hipóteses.

⁸² MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. Acumulação de Cargos Públicos: uma questão de aplicação da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 91.

⁸³ MONTEIRO DA SILVA, Corsíndio. O regime de acumulação na Constituição de 1988. *In* Revista de Informação Legislativa. Brasília/DF: 1989, p. 184.

⁸⁴ MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. Acumulação de Cargos Públicos: uma questão de aplicação da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 91.

3.2.1.1 Carga horária diferenciada

O primeiro ponto que deve ser levado em consideração quando se fala em acumulação com um cargo de professor é a jornada de trabalho diferenciada desses profissionais. A rigor, a atividade dos professores é exercida com certa flexibilidade de horas, uma vez que a presença física em sala de aula é apenas uma de suas atribuições, devendo ainda desempenhar atividades como orientação acadêmica, pesquisa e o próprio preparo das aulas.

Desse modo, um cargo de professor 40 horas não significa o cumprimento de uma jornada de 8 horas em sala de aula. Conforme destaca Mazzuoli e Alves:

A própria Lei de Diretrizes Básicas e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/96) e o Decreto 5.773/06 estabelecem (...) que aos profissionais da educação assegura-se “período reservado a estudos, planejamento e avaliação, *incluído na carga de trabalho*”, e que o “regime de trabalho docente em tempo integral compreende a prestação de quarenta horas semanais de trabalho na mesma instituição, *nele reservado o tempo de pelo menos vinte horas semanais* para estudos, pesquisa, trabalhos, extensão, planejamento e avaliação”⁸⁵.

Nesse sentido, não é nada desarrazoado que um professor exerça cumulativamente dois cargos de 40 horas no magistério, desde que os horários destinados às aulas sejam compatíveis entre si. Ademais, o desempenho físico dos dois cargos/empregos será apenas de 40 horas, pelo fato de dever reservar metade do período para as outras atividades.

Esse mesmo raciocínio se aplica quando o acúmulo for de cargo de professor com outro técnico ou científico (que via de regra exige a presença física do servidor no local de trabalho). Nessa perspectiva, mostra-se necessário a análise da situação real das atividades, sendo certo que a compatibilidade de horários deve ser analisada concretamente, e não a partir de critérios abstratos que consideram irregular qualquer acumulação que ultrapasse determinado teto de horas.

3.2.1.2 Cargos técnico e cargo científico

Outro ponto alvo de controvérsias se dá em relação à imprecisão do conceito de cargos técnicos e cargos científicos, algumas dúvidas têm surgido na Administração Pública. Nesse sentido, mostra-se necessário delimitar os contornos de cada um dos conceitos, sobretudo pela importância para o instituto da acumulação.

⁸⁵ MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. Acumulação de Cargos Públicos: uma questão de aplicação da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 48.

Antes de tudo, é importante deixar claro que pouco importa a nomenclatura do cargo para a conformação com os conceitos de técnico ou científico, senão as atividades e funções específicas desempenhadas pelo servidor público⁸⁶. Em outras palavras, é indiferente que o cargo possua a denominação de “técnico” ou mesmo “científico”.

Nessa perspectiva, cargo técnico é aquele “cujo desempenho das funções requer um conhecimento especializado, adquirido em curso específico, de nível médio ou superior”⁸⁷. O cargo técnico não exige ensino superior para se ver configurado, mas a jurisprudência dos tribunais tem exigido ao menos uma qualificação específica, como é o caso do técnico em química ou tecnólogo em informação⁸⁸. O que não se admite é o exercício de atividades puramente burocráticas para suprir a exigência constitucional. Ademais, a qualidade pessoal do técnico, do titular, não se comunica com o seu cargo necessariamente: “pode o titular do cargo ser, eventualmente, um técnico, embora seu cargo não o seja”⁸⁹.

Por sua vez, o cargo científico depende de conhecimentos específicos de determinada matéria, os quais são obtidos mediante a colação de grau em nível superior. Assim, são exemplos o cargo de médico, engenheiro, advogado etc.

3.2.2 Acumulação Remunerada do Cargo de Profissional da Saúde

A segunda categoria que possui a permissão de acumular remuneradamente cargos, empregos e funções públicas é a dos profissionais da saúde, conforme dispõe o art. 37, XVI, alínea “c” da Constituição da República. Segundo esse dispositivo, havendo compatibilidade de horários, um mesmo servidor público poderá acumular dois cargos privativos de profissionais da saúde.

A redação original da Constituição autorizava apenas o acúmulo de dois cargos privativos de médico. No entanto, a Emenda Constitucional nº 34 de 2001 alterou essa disposição, que passou a valer para todos os profissionais de saúde, desde que possuam profissões regulamentadas⁹⁰. Segundo a autora da PEC, Jandira Feghali, as visões externadas

⁸⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 691.

⁸⁷ MOTA, Maurício. A Autonomia Universitária e a Acumulação de Cargos Públicos. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/backup/a-autonomia-universitaria-e-a-acumulacao-constitucional-de-cargos-publicos-por-mauricio-mota/2017>>. Acesso em: 20/10/2017.

⁸⁸ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Regime Jurídico dos Servidores Públicos Federais. 2 ed. Salvador/BH: Juspodivm, 2010, p. 156.

⁸⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. Tratado de Direito Administrativo vol. IV: O Pessoal da Administração Pública. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 287.

⁹⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc34.htm>. Acesso em: 27/10/2017

no texto original privilegiavam o médico como agente único de saúde, o que ia de encontro com a Reforma Sanitária que deu origem ao Sistema Único de Saúde: “Na perspectiva desse movimento, todo e qualquer profissional que atue em Saúde Pública é um agente promotor de saúde, modificando radicalmente as concepções anteriores (...)”⁹¹.

Nota-se que a nova redação se referiu aos “profissionais de saúde” e não aos “profissionais da área da saúde”. Este último conceito é mais amplo e envolve também os profissionais que trabalham na área de apoio administrativo, o que não se permite.

Nesse sentido, adverte Carvalho Filho:

Resulta daí, então, ser vedada a acumulação do cargo de médico com cargo administrativo fora da área de saúde, ainda que aquela profissão seja requisito para ocupá-lo. Entretanto, se o cargo é de direção ou de assessoria e apenas profissionais da saúde possam provê-lo, será viável a acumulação; é que, embora de natureza administrativa, tem o cargo o caráter de privatividade, o que é previsto na norma⁹².

Além disto, convém mencionar que profissionais de saúde são aqueles “cujo cargo possui natureza própria, necessitando de formação em área especializada do conhecimento, dotado de método próprio de formação, o que lhe dá uma noção de cargo ‘técnico ou científico’”⁹³. Por sua vez, profissão regulamentada é aquela que recebe, além de regramento, fiscalização da respectiva entidade de classe⁹⁴, como é o caso, por exemplo, do técnico em enfermagem e do dentista.

Situação ímpar é a dos médicos militares que acumulam cargos ou empregos de natureza civil. A regra em relação aos militares está substanciada no artigo 142, incisos II e III da Constituição da República, que em termos gerais nega a possibilidade de acúmulo, sob pena de ser transferido para a reserva ou ficar agregado, no caso de emprego civil de natureza temporária. Porém:

(...) essa regra não se aplica ao médico militar, que à época da promulgação da Lei Maior ocupava dois cargos ou empregos públicos privativos desses profissionais na Administração Pública direta ou indireta, conforme autoriza o art. 17, §1º, do ADCT da Constituição Federal”⁹⁵.

⁹¹ Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD08FEV1996.pdf#page=109>>. Acesso em: 27/10/2017.

⁹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 691.

⁹³ MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. Acumulação de Cargos Públicos: uma questão de aplicação da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 133.

⁹⁴ Ibidem, p. 133.

⁹⁵ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 311.

Com a Emenda Constitucional nº 77/2014, alterou-se os “incisos II, III e VIII do §3º do art. 142 da Constituição da República, para estender aos profissionais da saúde das Forças Armadas a possibilidade de cumulação de cargo a que se refere o art. 37, inciso XVI, alínea ‘c’”⁹⁶. Desse modo, a permissão para a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas de profissionais da saúde foi estendida também aos militares.

3.2.3 Acumulações Remuneradas do Cargo de Juiz de Direito e Membro do Ministério Público com Outro de Magistério

Outra situação de permissividade do acúmulo de cargos públicos é a prevista no artigo 95, parágrafo único, inciso I da Constituição da República:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

(...)

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

Segundo essa regra, o magistrado pode exercer um único cargo ou função de magistério no âmbito da administração pública, podendo tal cargo ser de magistério superior, secundário e até primário⁹⁷. Na visão de Di Pietro, o dispositivo permite ao magistrado exercer apenas uma função de magistério, seja pública ou privada, restrição que não se repete ao Promotor Público⁹⁸.

Entretanto, entendemos que o dispositivo, ao vedar apenas o exercício de cargos e funções, institutos típicos do regime jurídico administrativo, não pode ser interpretado extensivamente aos contratos com instituições ou cursos no setor privado, conforme bem destaca Carvalho Filho⁹⁹. Ou seja, não cabe essa limitação pela ausência de previsão constitucional.

Outra questão relevante é a que diz respeito ao exercício de cargo de direção institucional por membro do Poder Judiciário. Sobre o tema, a Lei Complementar nº 35/79 foi restritiva ao vedar, no art. 26, §1º, a possibilidade do magistrado desempenhar função de direção

⁹⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc77.htm>. Acesso em: 03/11/2017.

⁹⁷ ARAÚJO, Edmir Netto. Curso de Direito Administrativo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 323.

⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 623.

⁹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 693.

administrativa ou técnica de estabelecimento de ensino. A resolução nº 34/07 do Conselho Nacional de Justiça reforçou a restrição da Lei Complementar. Desse modo, membros do poder judiciário ficam impedidos de exercer, por exemplo, o cargo de reitor de universidade.

Ao disciplinar as matérias afetas ao Ministério Público, a Constituição vedou o exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função pública, exceto uma de magistério (CRFB, art. 128, §5º, II, “d”). Da leitura do dispositivo percebe-se que não há vedação ao exercício de outra função de magistério em instituições particulares de ensino.

Aliás, a regra afeta aos Promotores Públicos é semelhante àquela que permite o exercício de um cargo técnico ou científico com outro de magistério (CRFB, art. 37, XVI, “b”) a não ser pela questão da disponibilidade. Por conta dessa particularidade, o Promotor não pode acumular qualquer outro cargo, função ou emprego público, salvo um de magistério, ainda que esteja em disponibilidade¹⁰⁰

Por fim, ressalta-se que o art. 73, §3º da Constituição da República garante aos Ministros do Tribunal de Contas da União as mesmas prerrogativas e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, de modo que a regra que permite o acúmulo de cargos aos magistrados deve ser também aplicada aos Membros do TCU.

3.2.4 Acumulação de Mandato Eletivo com Outro Cargo Público

Em se tratando de mandato eletivo, a regra constitucional caminha no sentido de não autorizar o exercício simultâneo de outro cargo público, devendo o servidor ser afastado, conforme se depreende do art. 38, incisos I e II, da Constituição da República:

Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições
I - tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função;
II - investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;
(...)

A única exceção vem prevista no inciso III, a qual possibilita o exercício do mandato de vereador com um cargo público, desde que haja compatibilidade de horários. Se não houver compatibilidade, o dispositivo prevê a mesma solução que é dada aos prefeitos, qual seja, o afastamento do cargo e a opção pela remuneração da primeira atividade ou a do mandato.

¹⁰⁰ MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. Acumulação de Cargos Públicos: uma questão de aplicação da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 166.

Contudo, a aplicação dessa exceção deve ser feita com reservas. Os cargos com provimento em comissão, “caracterizados por serem de livre nomeação e exoneração (ad nutum)” devem observar o texto dos artigos 54 e 29, IX, da Constituição¹⁰¹:

Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades constantes da alínea anterior;

II - desde a posse:

(...)

b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades referidas no inciso I, "a";

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

(...)

IX - proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, similares, no que couber, ao disposto nesta Constituição para os membros do Congresso Nacional e na Constituição do respectivo Estado para os membros da Assembleia Legislativa;

Como se observa, as proibições e incompatibilidades dos Senadores e Deputados serão aplicáveis aos Vereadores naquilo que couber. Pois bem, os Vereadores podem exercer cargos, empregos e funções na Administração Direta e Indireta, no entanto, ao interpretarmos a Constituição de forma sistemática, chegamos à conclusão que os mesmos não poderão atuar em cargos com provimento em comissão (demissível “ad nutum”). Essa é uma proibição de natureza política, que enseja a cassação do mandato de vereador em caso de descumprimento¹⁰².

Importante realçar, por derradeiro, que esses impedimentos apenas devem vigorar no “Município em que o vereador se elegeu, nada obstando a que aceite cargo, em comissão ou efetivo, função ou emprego de outro Município, do Estado ou da União, e que o exerça, se os horários forem compatíveis”¹⁰³.

¹⁰¹ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Acumulação de cargo público com mandato eletivo de vereador. Teresinha: Revista Jus Navigandi, jul. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24964/acumulacao-de-cargo-publico-com-mandato-eletivo-de-vereador>>. Acesso em: 28 out. 2017.

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 109.

3.3 ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS E VENCIMENTOS

A acumulação de proventos e vencimentos por aposentados é uma questão que gerou muitas controvérsias nos tribunais brasileiros. A Constituição de 1946 não previa nenhuma proibição ao exercício de outro cargo, emprego ou função pública para o aposentado¹⁰⁴. Já a Carta Constitucional de 1967, de forma explícita, estabeleceu em seu art. 97, §3º, a proibição de acumular proventos, exceto no caso de mandato eletivo, cargo em comissão ou contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados¹⁰⁵.

A Constituição de 1988, a exemplo da Carta de 1946, também não criou restrições. Sobre esse assunto, Di Pietro faz apontamentos interessantes ao ressaltar que “a Constituição atual veda a acumulação de ‘cargos’ e não se pode ampliar o sentido desse vocábulo de tal modo que abranja a situação do aposentado”¹⁰⁶. Conclui que as restrições ao exercício de direitos devem ser interpretadas restritivamente, e por isso a acumulação de proventos e vencimentos por aposentados deve ser permitida¹⁰⁷.

Em que pese o argumento a favor da acumulação seja forte, a própria Di Pietro ressalva que o STF possui posicionamento contrário. No RE 163.204/SP, da relatoria do Ministro Carlos Velloso, julgado em 09/11/1994, entendeu-se que a “acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida na Constituição”¹⁰⁸.

Atualmente, pode-se dizer que essa dúvida foi superada. A Emenda Constitucional nº 20, de 1998, finalmente disciplinou o assunto ao acrescentar o §10 no art. 37 da Carta, nestes termos:

§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

¹⁰⁴ MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. Acumulação de Cargos Públicos: uma questão de aplicação da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 201.

¹⁰⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 31/10/2017.

¹⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 624.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 624.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 624.

Ficou vedada, assim, a acumulação de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, exceto os cargos acumuláveis na forma da Constituição, os cargos eletivos e os cargos de confiança.

Ressalta-se que o servidor aposentado compulsoriamente não poderá, exceto os cargos decorrentes de mandato eletivo, ocupar qualquer outro cargo, emprego ou função, visto que a própria Constituição estabelece a presunção de incapacidade absoluta¹⁰⁹.

3.4 PROCEDIMENTO PARA OS CASOS DE ACUMULAÇÃO ILÍCITA NO EXECUTIVO FEDERAL

A acumulação de cargos, funções e empregos públicos fora das hipóteses permitidas viola o texto constitucional. Nessa perspectiva, necessário verificar quais os efeitos dessa irregularidade.

Essa matéria é tratada no âmbito infraconstitucional, mais especificamente nos diplomas estatutários, que por óbvio devem se compatibilizar com o texto da Constituição. Assim, a presente análise pautar-se-á na lei que estabelece o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais (Lei nº 8.112/90), por ser bem elucidativa e servir como um panorama geral da questão.

Pois bem. Conforme determina a Lei nº 8.112/90, são duas as hipóteses que causam a acumulação ilegal de cargos: “a) quando for considerado ilícito o exercício cumulativo de dois ou mais cargos, empregos ou funções, por força de lei; b) quando houver incompatibilidade de horários, ainda que lícita a cumulação”¹¹⁰.

Detectada a acumulação irregular, a autoridade competente deverá notificar o servidor para que apresente opção por um dos cargos no prazo improrrogável de dez dias (Lei nº 8.112/90, art. 133, *caput*). Se assim o fizer até o último dia do prazo, será considerado de boa-fé o servidor, e a escolha será convertida automaticamente em exoneração do cargo preterido (art. 133, §5º da Lei nº 8.112/90).

Essa oportunidade de escolha constitui-se como um direito do servidor e por isso deve ser respeitada. Até porque, sequer é possível a abertura do procedimento administrativo

¹⁰⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 553-553.

¹¹⁰ LINS, Adriane de Almeida; DENYS, Debora Vasti S. Bomfim. Processo administrativo disciplinar: manual. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 152.

disciplinar sem a negativa (ou decurso do prazo sem resposta) do servidor, pois o aperfeiçoamento do ilícito administrativo só ocorre após a prática da notificação¹¹¹.

Conforme se adiantou, havendo negativa de escolha, o ato contínuo será a instauração de processo administrativo disciplinar pelo rito sumário (art. 133, *caput*, Lei nº. 8.112/90). Se ao final, assegurado o amplo direito de defesa, ficar concluída a ilegalidade da acumulação, deverá ser aplicada a pena de demissão, destituição ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade em relação aos cargos, empregos ou funções em regime de acumulação ilegal (art. 133, §6º da Lei nº. 8.112/90). Gasparini adverte que durante a tramitação do processo administrativo não poderá ser realizado “nenhum bloqueio de pagamento, mesmo ante a evidência da ilegalidade da acumulação”¹¹²

Em relação à devolução de remunerações percebidas pelo servidor que acumula ilicitamente cargos públicos, o entendimento preponderante é que nada terá que ser devolvido se efetivamente foram exercidas as atividades do cargo, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração. Por outro lado, inexistindo contraprestação laboral ao tempo do acúmulo, a devolução será devida¹¹³.

3.4.1 Possibilidade de enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa

Verificada a irregularidade na acumulação de cargos públicos, importante analisar se também ocorreu ato de improbidade administrativa. Segundo a Lei nº 8.429/92, são três as modalidades de atos ímprobos: a) enriquecimento ilícito (art. 9º); b) lesão ao erário (art. 10); e c) ofensa aos princípios da Administração Pública (art. 11). Com a vigência da Lei Complementar 157/2016, acrescentou-se uma quarta categoria no art. 10-A da Lei de Improbidade, relativa a concessões ou aplicações indevidas de benefícios financeiros ou tributários.

A configuração da improbidade administrativa, em qualquer de suas modalidades, exige a presença de dolo ou má-fé do agente¹¹⁴. No âmbito da acumulação irregular de cargos, como já foi exposto, o servidor possui o direito de ser notificado para regularizar sua situação e seguir

¹¹¹ MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. Acumulação de Cargos Públicos: uma questão de aplicação da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 81.

¹¹² GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 242.

¹¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 694.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Matheus Prates de. Análise do elemento subjetivo nos autos de improbidade administrativa. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16947&revista_caderno=4>. Acesso em 03/11/2017.

com apenas um cargo, emprego ou função. Nessa hipótese, havendo a escolha, a boa-fé do servidor é configurada e não há que se falar em ato de improbidade¹¹⁵.

Do mesmo modo, se for demonstrada a efetiva prestação de serviços públicos e a boa-fé do servidor, entendida como a vontade de exercer as duas atividades de maneira eficiente e sem causar prejuízo a Administração, também não haverá o fenômeno da improbidade administrativa, conforme entendimento do STJ¹¹⁶. Esses casos são entendidos como meras irregularidades administrativas ou transgressões disciplinares, e não ilícitos administrativos qualificados, conforme são definidos os atos de improbidade por Fábio Medina Osório¹¹⁷.

Diferente caso é aquele em que o servidor se locupleta com o acúmulo de cargos sem a existência da mínima compatibilidade de horário entre ambos, configurando verdadeira situação de servidor fantasma. Nessa situação, “a ação de improbidade pode apresentar-se como instrumento necessário à reparação da ordem”¹¹⁸.

Sintetizando, a ação de improbidade administrativa não é cabível na simples percepção da acumulação irregular de cargos públicos. É necessário, para a utilização desse mecanismo punitivo, a presença do dolo ou má-fé do servidor. Ademais, o exercício efetivo dos encargos referentes aos dois cargos ocupados na Administração Pública afasta a hipótese de improbidade.

¹¹⁵ MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. Acumulação de Cargos Públicos: uma questão de aplicação da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 74.

¹¹⁶ REsp 996.791 – PR (rel. Min. Herman Benjamin); AgRg no REsp 1.245.622 – RS (rel. Min. Humberto Martins) e REsp 1.171.721 – SP (rel. Min. HERMAN BENJAMIN). Acesso em 03/11/2017.

¹¹⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 279.

¹¹⁸ MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. Acumulação de Cargos Públicos: uma questão de aplicação da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 76.

4. A ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS COMO NORMA DE EFICÁCIA PLENA

Conforme pôde se observar no capítulo anterior, o regramento que cuida da acumulação de cargos, empregos e funções públicas está amplamente disciplinado no texto da Constituição da República, especialmente no artigo 37, inciso XVI. A opção por delimitar as permissões e restrições no texto constitucional denotam um juízo de valor realizado pelos constituintes na época da elaboração da Carta, uma escolha com peculiares efeitos.

Essa iniciativa dos constituintes destoa do modelo clássico de Constituição, que via a Carta Maior apenas como um instrumento para limitar o poder do Estado, devendo prever a separação dos poderes e a garantia dos direitos políticos e individuais aos cidadãos¹¹⁹. Esse movimento, que começou a acrescentar conteúdos diversos dos aspectos de organização do Estado e de um rol limitado de direitos, levou “a doutrina a cunhar o conceito de *normas apenas formalmente constitucionais*, que têm essa natureza por integrarem o documento formal da Constituição, mas não pela matéria que tratam¹²⁰”.

Porém, como foi destacado no capítulo um da presente monografia, rejeitamos essa visão que pretende negar juridicidade a determinadas normas da Constituição, e com isso transformá-las em meras diretivas políticas endereçadas ao legislador ou disposições com mero valor político ou ético¹²¹. Adotamos o conceito formal de Constituição para considerar todas as normas previstas no documento solene como normas jurídicas constitucionais, dotadas de força normativa. Ressalta-se que esse paradigma que pretende garantir força normativa e efetividade ao texto constitucional é bastante recente no Brasil, “supervenientes ao regime militar, e que somente se consolidaram após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988”¹²².

Na verdade, há quem defenda a matéria relativa a acumulação de cargos deveria ter sido tratada na legislação infraconstitucional, como Corsíndio Monteiro da Silva¹²³. Todavia, não foi essa a escolha do constituinte. Logo, as disposições sobre a acumulação de cargos públicos devem ser analisadas a luz das características próprias do Texto Maior, especialmente em

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional. 5º Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 107.

¹²⁰ Ibidem, p. 108.

¹²¹ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 45.

¹²² BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional. 5º Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 108.

¹²³ MONTEIRO DA SILVA, Corsíndio. Acumulação de Cargos: Regulamento, comentários, legislação específica e jurisprudência administrativa. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965, p. 16.

relação a sua rigidez e posição de supremacia formal no ordenamento jurídico, uma vez que integram seu texto.

Desta feita, mostra-se essencial a análise da eficácia da norma constitucional do acúmulo de cargos, podendo, com isso, determinar-se os efeitos diretos e imediatos do dispositivo. Com efeito, a depender do resultado, a situação jurídica de inúmeros servidores públicos que acumulam cargos poderá ser afetada.

4.1 A EFICÁCIA PLENA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE TRATAM DA ACUMULAÇÃO

As normas que disciplinam as hipóteses permissivas de acumulação de cargos estão dispersas pela Constituição. No entanto, a regra que traz os contornos gerais e os requisitos para acumular encontra-se prevista no título que trata da Administração Pública, mais especificamente no artigo 37, inciso XVI da CRFB, assim redigido:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; (grifo nosso).

Da leitura do dispositivo, infere-se que a regra da acumulação está muito bem delimitada, tendo sido declarado quais as possibilidades de acumulação e os requisitos para a sua regularidade. Ou seja, é admitido o exercício simultâneo de dois cargos desde que se enquadre em algumas das hipóteses das alíneas “a”, “b” ou “c”, haja compatibilidade de horários entre eles e que seja respeitado o teto remuneratório do funcionalismo público, previsto no inciso XI a que o dispositivo faz remissão.

Consequentemente, a possibilidade de enquadramento no rol das normas constitucionais de eficácia limitada fica desde já afastada. Isso porque, as normas de eficácia limitada, que se subdividem em normas instituidoras de princípios institutivos e as de princípios programáticos, possuem aplicabilidade mediata ou indireta, ou não são autoaplicáveis, na terminologia

empregada por Ruy Barbosa¹²⁴. Nesse sentido, elas são compreendidas como regras de baixa densidade normativa¹²⁵, isto é, são incompletas. Por consequência, “somente produzem os seus efeitos essenciais após um desenvolvimento normativo (...), da interpolação do legislador infraconstitucional”¹²⁶.

José Afonso da Silva cita vários exemplos dessa classe de normas, como é o caso do art. 33 da CRFB “**A lei disporá** sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios” e do art. 218 “**O Estado promoverá e incentivará** o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”, que, como se constata, dependem de legislação integrativa para produzirem seus efeitos. De forma contrária, a redação do artigo 37, XVI, adota uma técnica bem diferenciada daquela empregada nos dois exemplos acima, com a determinação precisa das hipóteses e de seus requisitos, de modo que não há como defender o encaixe do dispositivo na moldura da eficácia limitada.

Resta, desse modo, a apuração entre o enquadramento pelas normas de eficácia plena ou pelas de eficácia contida, uma vez que a normativa do acúmulo de cargos é suficiente para ser aplicada direta e imediatamente.

A categoria das normas de eficácia contida é caracterizada por possuir aplicação direta e imediata, porém com a possibilidade de ver limitada a sua eficácia mediante legislação infraconstitucional¹²⁷. Um exemplo bastante elucidativo, já utilizado nesta monografia (cap. 1.3.3), é aquele presente no inciso XII, art. 5º da CRFB: “XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, **atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer**”. Importante observar que o próprio texto do dispositivo autoriza a existência de uma norma infraconstitucional restritiva.

Com base no exemplo, é possível perceber uma diferença marcante entre as normas de eficácia contida e as de eficácia limitada. Enquanto que as últimas exigem a presença da lei para poderem ser aplicadas, as outras são apenas limitadas por ela. Sendo assim, “enquanto que o legislador ordinário não expedir a normação restritiva [para as normas de eficácia contida], sua eficácia será plena”¹²⁸.

¹²⁴ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 167.

¹²⁵ Ressalta-se, novamente, que mesmo as normas de eficácia limitada conservam situações de eficácia imediata e direta, eis que condicionam a atividade do legislador ordinário, servem de parâmetro para a verificação da constitucionalidade de leis ou atos que forem relacionadas ao seu conteúdo e amparam a atividade do interprete, integrando o sentido das normas jurídicas. Cf. SILVA, 2008, p. 164.

¹²⁶ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 70.

¹²⁷ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104.

¹²⁸ Ibidem, p. 104.

Na teoria proposta por José Afonso da Silva, existem também alguns tipos de normas de eficácia contida que são restritas mediante a previsão de *conceitos de larga difusão no direito*, como é o caso da segurança pública, dos bons costumes, da utilidade ou necessidade pública etc.¹²⁹ No entanto, mais uma vez eles deverão estar indicados no texto do artigo, o que não acontece com o preceito da acumulação de cargos. Reafirmando, “são, em verdade, normas em relação às quais **a Constituição estabelece uma expressa reserva legal em matéria de restrição dos efeitos (...)**”¹³⁰ (grifo nosso).

Por exclusão, chega-se à conclusão que o dispositivo que trata da acumulação de cargos pertence ao grupo das normas de eficácia plena. Essa categoria engloba aquelas disposições com aplicação direta, imediata e integral, que são a maioria no texto constitucional, conforme o parecer de José Afonso da Silva¹³¹.

Para além disso, usa-se a contribuição da doutrina norte-americana sobre as normas autoaplicáveis para auxiliar na identificação da eficácia plena. Assim, tem-se uma norma de eficácia plena quando ela for completa em seu próprio texto, sendo desnecessário o complemento da lei para executar tudo que ela pretende¹³². José Afonso da Silva ainda contribui com uma síntese preciosa daquelas disposições tidas como de eficácia plena na CRFB:

a) Contenham vedações ou proibições; b) confirmam isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhe completem o alcance e o sentido, ou lhe fixem o conteúdo, por que já se apresentam suficiente explicitas na definição dos interesses nelas regulados.¹³³

Nesse sentido, a alínea “e” fica afastada de plano, conforme já asseveramos. Do mesmo modo, a letra “d” não se aplica, vez que a regra do art. 37, inciso XVI não prevê nenhum *processo especial de sua execução*. Com relação a presença de vedações ou proibições, já discutimos (ver cap. 2.1) que esse dispositivo disserta sobre a proibição geral de acumulações, ao mesmo tempo que confere uma prerrogativa ou privilégio à determinados profissionais do serviço público, de modo que as alíneas “a” e “b” são devidamente cumpridas. Por fim, não se fala em designação de qualquer órgão ou autoridade especial para a sua execução “c”.

¹²⁹ Ibidem, p. 103.

¹³⁰ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 177.

¹³¹ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 88.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 248.

¹³³ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 101.

Por esses motivos, mais uma vez se confirma o enquadramento do dispositivo no rol das normas de eficácia plena. Ao examinar essa questão, Mazzuoli e Alves chegam à mesma conclusão, acrescentando que a disposição sobre a acumulação de cargos públicos pertence aos elementos orgânicos da Constituição, os quais são predominantemente de eficácia plena¹³⁴.

Ressalta-se, por derradeiro, que as outras disposições constitucionais que trazem hipóteses de acumulação são muito semelhantes ao disposto no art. 37, inc. XVI, não prevendo nenhuma normativa posterior para a sua aplicação. Em razão disso, entende-se que elas também possuem eficácia plena.

4.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO PARECER Nº GQ – 145 DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

Os atos administrativos são declarações do Poder Público que produzem efeitos jurídicos, com características próprias do regime jurídico de direito público. Eles podem ser conceituados como uma “declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes (...)), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”¹³⁵.

O estudo do ato administrativo é complexo e envolve uma série de particularidades, no entanto, para os fins dessa monografia, é suficiente analisarmos uma de suas espécies e os seus efeitos diante de uma norma constitucional de eficácia plena. Com efeito, vamos nos ater ao estudo do Parecer GQ – 145, da lavra do Consultor da União Wilson Teles de Macêdo, que estabeleceu um limite abstrato de horas às hipóteses de acumulação de cargos públicos, reputando ilegais aqueles acúmulos que perfaçam o total de 80 horas semanais¹³⁶.

Em primeiro lugar, é importante destacar que o parecer é o meio instrumental do qual se valem os órgãos consultivos da Administração Pública para opinar sobre determinadas questões técnico/jurídicas de sua alçada de atribuições¹³⁷. Afinal, a atividade administrativa é técnica, e por isso exige corriqueiramente do administrador o conhecimento da legalidade,

¹³⁴ MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. Acumulação de Cargos Públicos: uma questão de aplicação da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 34.

¹³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 397.

¹³⁶ Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8324>>. Acesso em: 20/11/2017.

¹³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 237.

viabilidade ou mesmo obrigatoriedade de determinadas condutas, de modo que se mostra importantíssimo o apoio jurídico materializado pelos pareceres dos órgãos consultivos¹³⁸.

Embora eles possuam natureza facultativa e opinativa como regra, por isso sem produção de efeitos jurídicos, os pareceres poderão converter-se em obrigatórios a partir do momento que forem aprovados e publicados junto do despacho da autoridade competente, vinculando, então, órgãos e entidades públicas. É o que se denomina na Administração de parecer normativo¹³⁹, e uma de suas possibilidades vem prevista no art. 40, §1º da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (Lei Complementar 73/93), assim redigido:

Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.
 § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.
 (...)

A função desses pareceres vinculativos é o de “garantir uniformidade de orientação na esfera administrativa e até o de evitar consultas repetitivas que exijam novas manifestações do órgão consultivo”, contribuindo para a *economia processual*¹⁴⁰. Sem dúvida, trata-se de uma ferramenta útil que contribui para a utilização mais eficiente dos recursos pessoais da Administração, ao mesmo passo que garante determinada segurança jurídica, uma vez que é proibido até mesmo aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União contrariá-lo (art. 28, Inc. II, Lei Complementar nº 73/83).

É justamente dessa qualidade que se reveste o Parecer GQ – 145 da AGU, porquanto foi aprovado pelo então Presidente da República, em 30.3.1998¹⁴¹. Pois bem, **assentadas essas premissas, cabe analisarmos o conteúdo do parecer e o seu possível conflito com a normatividade da CRFB.**

Conforme se depreende do Parecer em estudo, a questão versou sobre a análise da situação de dois servidores públicos titulares de cargos de Assistente Jurídico do quadro da Advocacia Geral da União, que mantinham vínculo com a Universidade Federal do Rio de Janeiro, ocupando nesta instituição os cargos de Professor-Adjunto. Os servidores cumpriam

¹³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 453.

¹³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 239

¹⁴⁰ Ibidem, p. 239.

¹⁴¹ O despacho do Presidente da República foi publicado no Diário Oficial da União em 30/03/1998, conjuntamente com a íntegra do parecer GQ 145/AGU. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=01/04/1998&jornal=1&pagina=20&totalArquiv os=132>>. Acesso em 20/11/2017.

uma jornada de quarenta horas em razão de cada cargo, de modo que a AGU pretendia perquirir a “constitucionalidade e legalidade da situação cumulativa dos interessados”.

Não constam dos presentes processos os horários a que os interessados estavam submetidos na referida instituição de ensino, no período em que trabalhavam quarenta horas semanais. Entretanto, no mês de agosto de 1997, **a Universidade Federal do Rio de Janeiro declarou que os servidores sempre cumpriram suas cargas horárias**, num total de dez aulas teóricas semanais, complementadas ‘com as seguintes atividades: orientação e atendimento a alunos, conferências, correções de trabalhos e provas, elaboração de aulas e trabalho de campo, atividades estas desenvolvidas com ampla flexibilidade de horário e liberdade para exercê-las fora do estabelecimento de ensino’¹⁴² (grifo nosso)

Do Parecer ainda se depreende que foi instaurada uma comissão de sindicância pelo Ministério do Trabalho, a qual concluiu pela regularidade dos acúmulos, pautado no entendimento fixado pela extinta Consultoria-Geral da República¹⁴³. Segundo entende a Consultoria da República, em linhas gerais, apenas a Lei pode impor restrição ao acúmulo de cargos, sendo ilícito a criação de restrições mediante Orientações Normativas. Ainda defendia ser necessário considerar a carga horária mais flexível do professor para a apuração da compatibilidade de horas. A respeito do intervalo mínimo de 11 horas entre as jornadas prevista na CLT, ressaltava que a regra é “restrita a cada vínculo empregatício, não se aplicando aos cargos ou empregos diversos, nem a trabalho em órgãos ou entidades diferentes”.

Nesse caso, a AGU apresentou entendimento completamente diverso do anterior, defendendo o não cumprimento da compatibilidade de horas quando o quantitativo perfizesse um total de 80 horas. Para isso argumentou que:

14. O princípio da proibição da acumulação de cargos e empregos, inclusive com a ressalva destacada acima, tem por escopo o **primado da coisa pública**. As exceções estabelecidas não objetivam "privilegiar gratuitamente ou diferenciar pessoas de forma desarrazoada. Não é em seu proveito que se permitem casos de acumulação. Não é para que um servidor passe a ser mais poderoso ou mais afortunado"(Comentários à Constituição do Brasil, Celso Ribeiro Bastos, São Paulo: Saraiva, 1992, 3º vol, tomo III, p. 123).

15. De maneira consentânea com o interesse público e do próprio servidor, a **compatibilidade horária deve ser considerada como condição limitativa do direito subjetivo constitucional de acumular** e irrestrita sua noção exclusivamente à possibilidade do desempenho de dois cargos ou empregos com observância dos respectivos horários, no tocante unicamente ao início e término dos expedientes do pessoal em regime de acumulação, **de modo a não se abstraírem dos intervalos de repouso, fundamentais ao regular**

¹⁴³ Exposição de Motivos n. 9/98 de 1998 – Consultoria Geral da República.

exercício das atribuições e do desenvolvimento e à preservação da higidez física e mental do servidor. (...)

17. Por mais apto e dotado, física e mentalmente, que seja o servidor, não se concebe razoável entenderem-se compatíveis os horários cumpridos cumulativamente de forma a remanescer, diariamente, **apenas oito horas para atenderem-se à locomoção, higiene física e mental, alimentação e repouso, como ocorreria nos casos em que o servidor exercesse dois cargos ou empregos em regime de quarenta horas semanais, em relação a cada um.**

18. Condições tais de trabalho seriam até mesmo **incompatíveis** com o fim colimado pela **disciplina trabalhista, ao estatuir o repouso de onze horas, no mínimo, entre duas jornadas**: este tem o fito de salvaguardar a integridade física e mental do empregado e a eficiência laborativa, intenção que, obviamente, não foi desautorizada pelo constituinte na oportunidade em que excepcionou a regra proibitiva da acumulação de cargos, até mesmo porque estendeu aos servidores públicos as normas trabalhistas sobre o repouso, contidas nos itens XIII e XV do art. 7º, a teor do art. 39, § 2º, ambos da Carta Federal.

20. **Sob essa ótica, deduz-se irrelevante a conotação de que o regime laboral dos docentes** compreende as aulas efetivas e as atividades de "orientação e atendimento a alunos, conferências, correções de trabalhos e provas, elaboração de aulas e trabalho de campo, atividades estas desenvolvidas com ampla flexibilidade de horário e liberdade para exercê-las fora do estabelecimento de ensino", como o afirma a Universidade (v. o item 4 deste expediente), porquanto, ainda que essa elástica distribuição de atividades apresente respaldo legal, não possui o condão de desobrigar o professor de cumprir integralmente a carga horária e em decorrência da qual é retribuído.

(...)

24. **Tem-se como ilícita a acumulação de cargos ou empregos em razão da qual o servidor ficaria submetido a dois regimes de quarenta horas semanais, considerados isoladamente, pois não há possibilidade fática de harmonização dos horários, de maneira a permitir condições normais de trabalho e de vida do servidor.**

(...) (Grifo nosso)

Apresentado os aspectos gerais do parecer, **passamos a análise de seu conteúdo.**

Como se vê, o Parecer GQ - 145 criou uma restrição ao direito de acumular, fixando um limite de horas em abstrato na soma das duas cargas de trabalho semanal. Fez isso considerando o requisito da compatibilidade de horários como uma condição limitativa, a qual não deve abstrair os intervalos de repouso do servidor.

Sobre essa questão, já nos posicionamos no sentido de negar a sua validade (2.2). A compatibilidade de horas é um critério objetivo, que deve ser aferida a partir de uma análise da hora de início e término de cada jornada, sendo estritamente proibido a sobreposição de horas. Destacamos, também, que pode ser levado em consideração o tempo necessário para o deslocamento do servidor de um local para o outro, conforme nos ensina Gasparini¹⁴⁴. Porém,

¹⁴⁴ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 240.

a CRFB não comporta nenhuma outra possibilidade além dessas duas, cabendo aqui a aplicação do preceito clássico da *exceptiones sunt strictissimoe interpretationis*, ou seja, as “normas que impõem restrições ao exercício de direitos devem ser interpretadas restritivamente (...)”¹⁴⁵. Sendo assim, rejeitamos esse argumento do parecer.

De outro lado, embora reconheçamos a importância dos argumentos levantados pela AGU, como a proteção à saúde do servidor e a eficiência do serviço público, substanciada no primado da coisa pública, entendemos que eles não são violados na hipótese. Para chegarmos a essa conclusão, é necessário ter-se em mente que os servidores acumulavam os cargos de Assistente (técnico científico) com o de Professor, nos moldes permitidos pelo art. 37, inciso XVI, alínea “b” da CRFB. As particularidades do caso são indispensáveis para avaliar o bom desempenho das atividades e o cumprimento efetivo do horário de trabalho.

Nesse sentido, é sabido que o cargo de Professor comporta uma jornada de trabalho bastante flexível, com respaldo legal na Lei de Diretrizes Básicas (art. 67, V da Lei nº 9.394/96), que engloba o planejamento, preparo de aulas, pesquisa etc. (cap. 2.2.1.1). Uma grande parte das “tarefas do docente como preparação de aulas ou correção de provas e trabalhos pode ser realizada a qualquer hora ou local”¹⁴⁶. Afinal, seria totalmente descabido exigir o cumprimento do total de 40 horas dentro da sala de aula.

Assim, com essa flexibilidade, o professor pode organizar a sua rotina e as suas tarefas de maneira que consiga desempenhar as duas atividades conjuntamente, sem produzir danos à sua saúde ou a eficiência dos serviços prestados.

Ademais, é importante ressaltar que **a própria Universidade** que empregava os dois profissionais declarou o integral cumprimento das atividades em sala de aula, de modo que, presumir o contrário, a partir de uma simples soma abstrata de horas é, ao nosso ver, ilógico.

A obediência ao princípio da eficiência do funcionalismo público deve ser analisada concretamente, a partir de fiscalizações e sindicâncias que considerem a atuação real do servidor em seu ambiente de trabalho. Porém, ao se verificar que o servidor cumpre integralmente seus afazeres, além de respeitar os horários que lhe são impostos, não pode a Administração inovar e impor uma nova condição, eis que cabe apenas ao servidor “julgar se a carga de trabalho total resulta em cansaço exagerado, se lhe conveniente, ou não”¹⁴⁷.

¹⁴⁵ A jurista Di Pietro desenvolve esse conceito ao tratar da acumulação de proventos, no entanto, ao nosso ver, é também perfeitamente aplicável na hipótese ora tratada. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 624.

¹⁴⁶ MOTA, Maurício. *A Autonomia Universitária e a Acumulação de Cargos Públicos*. 2017, p. 9.

¹⁴⁷ TRF da 3ª Região. AMS nº 0003664-38.2009.4.03.6100/SP. 2ª Turma, Rel. Des. Fed. Henrique Herkenhoff. Julg. 01/06/2010.

Até porque, se o servidor público acumular cargos com uma soma de horas excessiva, eventualmente sua assiduidade e/ou dedicação e zelo no desempenho das atribuições irá diminuir, hipóteses que são sancionadas até com a pena de demissão pelo regime disciplinar dos servidores civis da União (artigos 116 e 117 da Lei nº 8.112/90).

Com relação a constitucionalidade do Parecer GQ – 145 da AGU, que ressaltamos, foi aprovado pelo Presidente da República, entendemos haver violação à Carta Maior por ação, uma vez que houve “a produção de atos legislativos **ou administrativos** que contrariem normas ou princípios da constituição”¹⁴⁸ (grifo nosso).

Essa incompatibilidade se apresenta pelo plano da eficácia da norma constitucional que foi versada pelo Parecer. Como já foi referido, trata-se de uma norma de eficácia plena, e por isso seus comandos, que são certos e definidos, devem ser aplicados na integralidade. Afinal, “a hierarquia da Constituição frente às normas infraconstitucionais, junto à qualidade (eficácia plena) da norma constitucional permissiva da acumulação, são fatores que invalidam, *tout court*, qualquer lei, decreto ou ato normativo mais restritivo que o texto constitucional”¹⁴⁹.

Ademais, as normas de eficácia plena regulam diretamente “situações jurídicas subjetivas, configuradas como direito subjetivo”¹⁵⁰. Ao terem seu conteúdo violado, podem passar por um julgamento de inconstitucionalidade¹⁵¹, afinal, toda a produção legislativa ou administrativa que integrar a ordenação jurídica brasileira só será válida na medida que se conformar com as normas da Constituição da República, em uma relação de verticalidade¹⁵².

Por tudo, refutamos os argumentos levantados pelo parecer para justificar a criação de um limite abstrato de horas nas hipóteses de acumulação e acusamos a sua incompatibilidade com o conteúdo normativo da Constituição da República. Ressalta-se, por derradeiro, que a única possibilidade válida para a criação desse limite deve se dar por meio de uma Emenda Constitucional, a fim de respeitar a hierarquia, rigidez e a eficácia das normas constitucionais. Afinal, foi essa a escolha do constituinte, a que se deve respeito e cumprimento.

Destaca-se que, muito embora o Parecer QG – 145 tenha tratado apenas dos casos em que a soma dos horários compreendesse oitenta horas, a Administração Pública, ao aplicá-lo, tem fixado o limite em sessenta horas, como será visto na análise de jurisprudência a seguir. Além disso, “não obstante [o parecer] exarado para os casos de servidores públicos da União,

¹⁴⁸ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 47.

¹⁴⁹ MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. Acumulação de Cargos Públicos: uma questão de aplicação da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 57

¹⁵⁰ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 172

¹⁵¹ Ibidem, p. 171.

¹⁵² SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 46-47.

passou a ser utilizado com parâmetro também para os servidores públicos dos Estados e Município¹⁵³.

4.3. POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO À LIMITAÇÃO DA CARGA HORÁRIA SEMANAL NA ACUMULAÇÃO DE CARGOS

Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal detém a função precípua de guardar a Constituição no direito brasileiro (art. 102, *caput*, CRFB), além de ocupar o mais alto posto na hierarquia do judiciário¹⁵⁴.

Assim, como o tema da presente monografia está estritamente associado às normas constitucionais, mais especificamente daquelas que tratam do acúmulo de cargos públicos, mostra-se relevante o estudo da jurisprudência STF. Busca-se, nessa perspectiva, verificar se o Supremo Tribunal Federal compactua (ou não) com a limitação de horas nas hipóteses de acumulação, verificando os principais argumentos que fundamentam suas decisões.

Para responder ao questionamento, foi realizada uma pesquisa no repertório de decisões do STF, disponibilizado no site (<www.stf.jus.br>). A consulta buscou pelos acórdãos que contemplassem as palavras-chave “acumulação de cargos E compatibilidade de horários”, resultando num total de 41 acórdãos. Como o escopo da pesquisa volta-se para o posicionamento do Supremo sobre a criação e aplicação do limite de horas nos casos de acumulação, reputou-se adequado excluir os acórdãos que tratavam unicamente do acúmulo de proventos e vencimentos, além daqueles que não adentravam no mérito da questão pela impossibilidade de rever fatos e provas (súmula 279 do STF). Por fim, fez-se um último recorte para dispensar os julgados anteriores à vigência da Constituição da República de 1988. A amostra final comportou apenas 6 acórdãos.

O primeiro julgado a ser analisado é o **Recurso Extraordinário nº 351.905/RJ**¹⁵⁵ de relatoria da Ministra Ellen Gracie. Nesse caso, o Estado do Rio de Janeiro interpôs RE contra acórdão do Tribunal de Justiça do RJ que reconheceu o direito de uma servidora acumular dois cargos públicos privativos à profissionais da saúde, mesmo ultrapassando o total de 65 horas semanais determinado pelo Decreto Estadual nº 13.042/89.

¹⁵³ MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. Acumulação de Cargos Públicos: uma questão de aplicação da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 57.

¹⁵⁴ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 970.

¹⁵⁵ STF, Recurso Extraordinário nº 351.905/RJ, 2ª turma, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 24/05/2005.

No Voto do RE, a Relatora destacou que a servidora, ora recorrida, estava amparada pela norma do art. 17, §2º, do ADCT da CRFB, além de ter comprovado a ausência de choque de horários nos dois hospitais em que trabalhava. Assim, reconheceu o preenchimento de todos os requisitos necessários para a acumulação. Sobre o Decreto que determinou o limite, destacou ser lícito “ao Chefe do Executivo editar decretos para dar cumprimento à Lei e à Constituição. Não pode, no entanto, sob o pretexto de regulamentar dispositivo constitucional, criar regra não prevista, (...) fixando verdadeira norma autônoma”. A turma, por unanimidade, seguiu o Voto da Relatora.

Como se percebe, há no caso a discussão de um Decreto Estadual que muito se assemelha com o Parecer-145 da AGU. Porém, para resolver a situação, a Ministra preferiu afastar a sua incidência pela irregularidade da forma (Decreto), e não pelo conflito com o conteúdo da Constituição.

A segunda decisão destacada do acervo é o **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 565.917/GO**¹⁵⁶, relatado pelo Min. Ricardo Lewandowski.

Nesse agravo, a Universidade Federal de Goiás pretendia que fosse reconhecida a incompatibilidade de horários de um servidor de seus quadros. Para isso, argumentou que o servidor mantinha uma jornada de trabalho de 72 horas por conta do acúmulo, contrapondo-se ao Parecer – 145 da AGU que limita a 60 horas.

Em seu Voto, o Ministro utilizou-se justamente do RE 351.905/RJ, concluindo que há autorização para que o executivo, por meio de poder regulamentar, crie norma autônoma. O voto foi seguido pela unanimidade da turma.

É importante fazer ao menos duas observações sobre esse Agravo. A primeira delas é que o Parecer da União, ao exemplo do Decreto Estadual do RJ, não pode servir como uma restrição do direito de acumular. Já a segunda anotação refere-se àquela adulteração que denunciemos sobre o conteúdo do Parecer-145 da AGU, que passou a ser lido no sentido de limitar a jornada semanal a 60 horas, em que pese seu texto apenas vedar as acumulações que perfaçam um total de 80.

Em sequência, o terceiro acórdão analisado corresponde ao **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 633.298/MG**¹⁵⁷, novamente da lavra do Min. Ricardo Lewandowski.

Este agravo foi interposto pela Universidade Federal de Uberlândia, com o objetivo de impedir a acumulação de dois cargos técnicos de radiologia pelo mesmo servidor, uma vez que

¹⁵⁶ STF, AG. Reg. no RE nº 565.917/GO, 1ª turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 19/10/2010.

¹⁵⁷ STF, AG. Reg. no RE nº 633.298/MG, 2ª turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 13/12/2011.

“a Lei nº 7.394/85 limita a carga horária desses profissionais a 24 horas por semana, período que será exaurido com o desempenho das atividades que o recorrido exercerá na Universidade Federal de Uberlândia”.

Ao analisar a lide, o Ministro ressaltou que foi comprovada a compatibilidade de horários entre os dois cargos, além de ambos serem privativos à profissionais da saúde. Com relação à Lei 7.394/85, entendeu que esta não pode constituir óbice ao acúmulo, uma vez que os dois únicos requisitos da Constituição (compatibilidade de horários e dois cargos de profissionais da saúde) estão devidamente preenchidos no caso.

Por fim, destacou que:

A jurisprudência desta Corte tem se orientado no sentido de que a acumulação de dois cargos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, nos termos do art. 37, XVI, c, da Constituição, **está condicionada apenas à existência de horários compatíveis entre os cargos exercidos. Dessa forma, o Tribunal tem afastado o argumento de que a existência de norma infraconstitucional que estipule limitação de jornada semanal constituiria óbice ao reconhecimento do direito à acumulação permitida pela Carta Maior.** (grifo nosso)

Como se percebe, nesse julgamento apurou-se um possível conflito entre a Lei Federal e a CRFB. Nesse sentido, é possível dizer que o Ministro analisou a eficácia da norma constitucional de maneira implícita, visto que nega a aplicação da lei naquilo que a Constituição estabeleceu de maneira plena e sem reservas.

A quarta decisão explorada é a do **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 859.484/RJ**¹⁵⁸, relatado por Dias Toffoli. Sobre esse julgado não há grandes considerações a fazer, vez que a hipótese é bastante semelhante a anterior.

No caso, a União pretendeu-se a limitação da jornada semanal com base na Lei 8.112/90, que prevê, no máximo, o exercício de 40 horas semanais, com a possibilidade de 2 horas extras de trabalhos por jornada. O pleito, no entanto, foi negado pelo Supremo, que considerou a necessidade de analisar a compatibilidade de horários em cada caso, “e não a compatibilidade dentre as cargas horárias dos cargos/empregos previstas na legislação infraconstitucional pertinente”.

Continuando, a quinta decisão é relativa ao **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 679.027/RR**¹⁵⁹, sendo relatora a Min. Rosa Weber.

¹⁵⁸ STF, AG. Reg. no RE nº 859.484/RJ, 2ª turma, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 12/05/2015.

¹⁵⁹ STF, AG. Reg. no RE nº 679.027, 1ª turma, rel. Min. Rosa Weber, j. em 9/9/2014.

Nesse feito, o Estado de Roraima buscou, por meio de Agravo o reconhecimento da ausência da compatibilidade de horários com base em norma estadual que fixou limite de horas para a acumulação. A Ministra, ao proferir sua decisão baseou-se nos mesmos argumentos do AG. Reg. no RE 633.298, e entendeu que as leis estaduais devem pautar-se nos parâmetros fixados pela Constituição. Assim, verificada a regularidade da acumulação e a compatibilidade de horários, negou provimento ao recurso, no qual foi acompanhada pela unanimidade da turma.

Ressalta-se que, dessa vez, uma lei estadual teve sua aplicabilidade afastada em face da Constituição por pretender limitar a carga horária semanal. Mais uma vez, parece ter havido uma análise implícita da eficácia das normas constitucionais, considerando o artigo 37, inc. XVI, como de plena eficácia.

Por fim, o sexto e último acórdão analisado é o **Segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.023.290/SE**¹⁶⁰, distribuído ao Min. Celso de Mello.

O Agravo Regimental foi interposto pela Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares para atacar o Recurso Extraordinário que deu provimento ao pedido da servidora, por estar em conformidade com o entendimento da Corte. A agravante pleiteava o reconhecimento da incompatibilidade de horários pelo acúmulo de cargos restritivos à profissionais da saúde que, somados, totalizavam 70 horas semanais. Argumentou ofensa aos princípios da eficiência e preservação da saúde do servidor, com base no Parecer nº GQ-145 da AGU.

No Voto, para sustentar seus argumentos, o Min. colacionou alguns julgados que, em síntese, não permitiam a limitação infraconstitucional da carga horária semanal por não tratar-se de requisito previsto na CRFB.

“Vale referir que esse entendimento vem sendo observado em sucessivos julgamentos, proferidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a propósito de questão assemelhada à suscitada em sede recursal extraordinária (AI 762.427/GO Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA –RE 1023290 A GR-SEGUNDO / SE ARE 799.251/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES – ARE 1.004.056/CE, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – RE 709.580/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI (...).”

Por tudo, negou provimento ao recurso e foi acompanhado pela turma.

Pois bem. Desse estudo é possível retirar algumas conclusões pertinentes ao objeto da monografia. A primeira delas é a de que o STF mantém uma postura bastante consolidada no sentido de vedar qualquer limitação infraconstitucional da carga horária semanal para o acúmulo de cargos. Todas as decisões analisadas seguiram essa orientação.

¹⁶⁰ STF, 2º AG. Reg. no RE nº 1.023.290/SE, 2ª turma, rel. Min. Celso de Mello, j. em 06/10/2017.

O que se altera, eventualmente, é o fundamento para afastar essa limitação. Ora não é concebido aos decretos e atos administrativos a possibilidade de inovar na ordem jurídica¹⁶¹, ora nega-se a aplicação inclusive de leis infraconstitucionais, sejam elas estaduais ou federais¹⁶². Dessa última linha argumentativa, chega-se à conclusão que o Supremo utiliza a Teoria da Aplicabilidade e Eficácia das Normas Constitucionais de José Afonso da Silva, porém o faz de forma implícita.

Por fim, necessário ressaltar que todos os acórdãos do STF sobre o tema foram discutidos fora do âmbito da repercussão geral. Tal fato acaba por não contribuir com a fixação da jurisprudência sobre a temática, a qual é bastante oscilante nos Tribunais inferiores e no próprio Superior Tribunal de Justiça.

¹⁶¹ RE 351.905/RJ e AG. Reg. no RE 565.917/GO.

¹⁶² AG. Reg. no RE 633.298/MG; AG. Reg. no RE com Agravo 859.484/RJ; AG. Reg. no RE 679.027/RR e AG. Reg. no RE 1.023.290/SE.

5. CONCLUSÃO

A presente monografia buscou verificar a eficácia da norma constitucional que permite a acumulação de cargos públicos, para então analisar a constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais que estabelecem limitações ao exercício do direito de acumular e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto a temática.

Ao longo da pesquisa, foi possível fazer as seguintes constatações:

1. A teoria de José Afonso da Silva sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, nosso marco teórico, demonstra que todas as normas que integram o texto da Constituição da República possuem força normativa, ou seja, são verdadeiras normas jurídicas que nasceram para regular relações sociais.

Entretanto, dependendo do grau de efeitos jurídicos que decorrem da norma constitucional, é possível distingui-las em três categorias: normas de eficácia plena, de eficácia contida (ou restringível) e de eficácia limitada. Após detida análise dos elementos que constituem o artigo 37, inciso XVI da CRFB, chegou-se à conclusão que ele pertence à categoria das normas de eficácia plena, devendo, deste modo, ser aplicado de maneira direta, imediata e integral, conforme se extrai da teoria empregada.

2. Para apresentar as controvérsias relativas ao acúmulo de cargos, foi realizado um estudo acentuado das hipóteses permissivas de acumulação, quais são seus fundamentos e os limites para o seu exercício. Dessa averiguação, pôde-se notar que o fundamento por trás das permissões repousa na intenção de melhor aproveitar o quadro de pessoas da Administração Pública, privilegiando determinadas categorias de profissionais, como é o caso dos professores.

3. Passou-se então a investigar a constitucionalidade do Parecer GQ – 145 da Advocacia Geral da União, o qual, com a justificativa de preservar a saúde dos servidores e garantir a eficiência do serviço público, criou uma verdadeira norma autônoma no âmbito da acumulação de cargos. Tal Parecer, como vimos, foi aprovado pelo Presidente da República de modo que passou-se a considerar ausente o requisito da compatibilidade de horas quando o total da soma dos dois cargos perfazer 80 horas semanais.

Verificou-se, após análise de seu conteúdo, que a criação de tal restrição na forma infraconstitucional viola o texto da Constituição, eis que o dispositivo que trata da acumulação de cargos detém eficácia plena, devendo ser aplicado na íntegra.

4. Finalmente, analisou-se o posicionamento do Supremo Tribunal sobre a problemática da limitação de horas. Dessa pesquisa, constatou-se o completo afastamento do Parecer – 145 da AGU para a verificação da legalidade das acumulações, tendo também sido inobservado

Decretos Estaduais que pretendiam uma limitação similar. O principal argumento lançado pelos Ministros foi a impossibilidade da Autoridade Executiva se utilizar desses meios (decretos e atos administrativos em geral) para criar norma autônoma não prevista na CRFB.

Ademais, resolução parecida foi verificada quando leis ordinárias (estaduais e federais) pretendiam criar restrições equivalentes. Entretanto, pela possibilidade de leis inovarem na ordem jurídica, concluímos que o STF utilizou-se da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais para afastar sua aplicação, embora não tenha o feito de forma expressa.

REFERÊNCIAS

a) Bibliografia

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Acumulação de cargo público com mandato eletivo de vereador**. In: Revista Jus Navigandi. Teresina/TO, jun. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24964/acumulacao-de-cargo-publico-com-mandato-eletivo-de-vereador>>. Acesso em: 28/10/2017.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Regime Jurídico dos Servidores Públicos Federais**. 2. ed. Salvador/BH: Juspodivm, 2010.

CAVALCANTI, Ricardo Russell Brandão. **ADCT: função e interpretações práticas**. Disponível em: <http://www.ambitouridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9457>. Acesso em: 05/11/2017.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo vol. IV: O Pessoal da Administração Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LINS, Adriane de Almeida; DENYS, Debora Vasti S. Bomfim. **Processo administrativo disciplinar: manual**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

MONTEIRO DA SILVA, Corsíndio. **Acumulação de Cargos: Regulamento, comentários, legislação específica e jurisprudência administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965.

MOTA, Maurício. **A Autonomia Universitária e a Acumulação Constitucional de Cargos Públicos**. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/backup/a-autonomia-universitaria-e-a-acumulacao-constitucional-de-cargos-publicos-por-mauricio-mota/>>. Acesso em: 15/10/2017.

OLIVEIRA, Matheus Prates de. **Análise do elemento subjetivo nos atos de improbidade administrativa**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16947&revista_caderno=4>. Acesso em: 03/11/2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. **Pensar a atualidade da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen**. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/pensar-a-atualidade-da-teoria-pura-do-direito-de-hans-kelsen/>>. Acesso em 21/09/2017.

SARLET, I.W.; MARINONI, L.G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo, Malheiros, 2010.

b) Legislação

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 26 de novembro de 2017.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, promulgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 26 de novembro de 2017.

BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 26 de novembro de 2017.

BRASIL, Lei Complementar nº 73, promulgada em 10 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm>. Acesso em 26 de novembro de 2017.

BRASIL, Lei nº 8.112, promulgada em 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm>. Acesso em 26 de novembro de 2017.

BRASIL, Lei nº 8.429, promulgada em 02 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 26 de novembro de 2017.

BRASIL, Lei nº 9.394, promulgada em 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em 26 de novembro de 2017.

c) Julgados:

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 351.905-1, julgado pela Segunda Turma, com relatoria da Ministra Ellen Gracie, em 24/05/2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 565.917/GO, julgado pela Primeira Turma, com relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em 19/10/2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 633.298/MG, julgado pela Segunda Turma, com relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em 13/12/2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 859.484/RJ, julgado pela Segunda Turma, com relatoria do Ministro Dias Toffoli, em 12/05/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 679.027/RR, julgado pela Primeira Turma, com relatoria da Ministra Rosa Weber, em 09/09/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.023.290/SE, julgado pela Segunda Turma, com relatoria do Ministro Celso de Mello, em 06/10/2017.